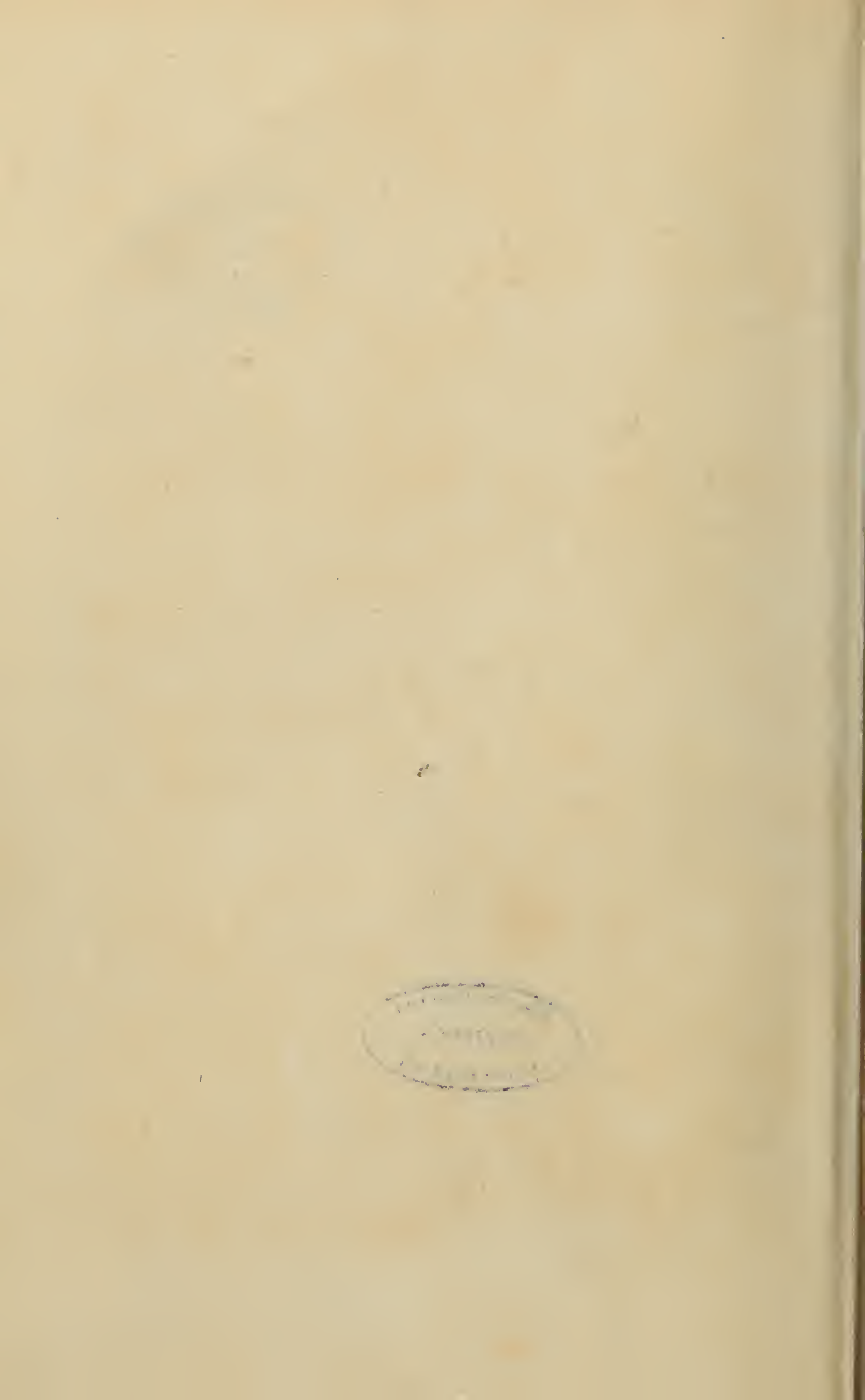
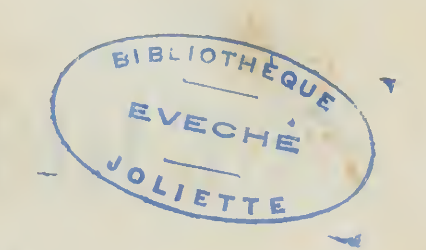






LES LOIS

DE

LA PROCÉDURE

CIVILE.

VI.

IMPRIMERIE DE COSSE ET J. DUMAINE,
Rue Christine, n° 2.

LES LOIS DE LA PROCÉDURE CIVILE,

OUVRAGE DANS LEQUEL L'AUTEUR A REFONDU SON ANALYSE RAISONNÉE, SON TRAITÉ, ET SES QUESTIONS SUR LA PROCÉDURE,

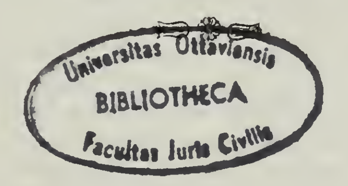
PAR G.-L.-J. CARRÉ,
Doyen de la Faculté de droit de Rennes, Membre de la Légion d'Honneur.

TROISIÈME ÉDITION,

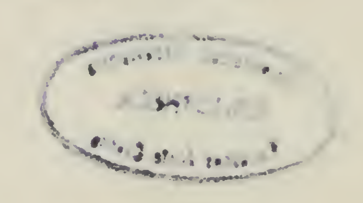
Dans laquelle ont été examinées et discutées : 1° les opinions de M. Carré; toutes les décisions rendues de 1821 à 1840; 3° les questions prévues par M. BONCENNE, THOMINE DESMAZURES, DALLOZ, BOITARD, etc.;

PAR CHAUVEAU ADOLPHE,
PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE, ET MEMBRE DE LA LÉGION D'HONNEUR.

TOME SIXIÈME.



PARIS,
LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE DE DELAMOTTE
PLACE DAUPHINE, 26 ET 27.
1843



LES LOIS

DE

LA PROCÉDURE CIVILE.

SUITE DE LA PREMIÈRE PARTIE.

PROCÉDURE DEVANT LES TRIBUNAUX.

SUITE DU LIVRE V.

DE L'EXÉCUTION DES JUGEMENTS.

TITRE XIV.

De l'Ordre.

L'immeuble est vendu, il ne s'agit plus maintenant que d'en distribuer le prix aux créanciers, comme doit l'être celui qui provient des ventes de meubles, et qui donne lieu à la *distribution par contribution*, dont nous avons parlé dans le tome IV, à ce titre.

Mais le prix d'un immeuble ne peut être réparti par contribution, puisque les immeubles peuvent être grevés d'hypothèques ; il est nécessaire alors qu'il soit distribué par ordre de date d'inscription, de manière que les dernières créances ne soient payées qu'autant qu'il y a suffisance de deniers.

Avant la publication du Code de procédure, aucune loi générale n'avait réglé cette matière, sur laquelle l'ordonnance de 1667 ne contenait aucune disposition, attendu qu'elle ne s'était point occupée des saisies immobilières.

Il existait donc, pour ainsi dire, autant d'usages que de juridictions. Dans quelques provinces de France, en très petit nombre, l'ordre se dressait avant la vente et pendant la poursuite ; dans la grande majorité, l'ordre suivait l'adjudication ; enfin, dans quelques tribunaux, les frais d'ordre montaient à des sommes extraordinaires ; dans quelques autres, des formes plus simples n'occasionnaient que des frais assez modérés.

La même théorie, qui a été développée dans le titre de la Distribution par contribution, a servi de base aux dispositions concernant le nouveau mode de règlement d'ordre. Ici, le législateur a derechef pris pour modèle l'ancienne procédure du Châtelet de Paris; le nouveau système hypothécaire lui a permis de la simplifier encore, et l'expérience l'a autorisé à la débarrasser de quelques

abus ; en un mot, il est permis de dire que le nouveau mode consacré par l'ensemble des dispositions du titre que nous allons expliquer est digne de mériter, par son application uniforme, la simplicité de sa marche, et le peu de frais qu'elle exige, l'approbation des bons esprits et la reconnaissance des créanciers et de leurs débiteurs. (V. l'*Exposé des motifs*.)

Il est à remarquer que toutes les dispositions de ce titre s'appliquent également aux ventes volontaires faites par contrat, et aux ventes qui se font d'autorité de justice, mais non par suite de saisie, comme celles des biens des mineurs, des interdits, des successions vacantes ou acceptées sous bénéfice d'inventaire, auxquelles s'appliquent particulièrement les art. 775, 776 et 777.

ART. 749. Dans le mois de la signification du jugement d'adjudication, s'il n'est pas attaqué; en cas d'appel, dans le mois de la signification du jugement confirmatif, les créanciers et la partie saisie seront tenus de se régler entre eux sur la distribution du prix.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 228 et suiv., nos 1 à 3.] — Cod. civ., art. 2193 et suiv. — Cod. proc. civ., art. 656, 714, 750 et 991. — [Notre Dict. gén. de proc., vo *Ordre*, nos 11, 30 à 38, 93, 390, 407, 412, 413, 424. — Devilleneuve, *eod. verb.*, nos 2 à 4 *bis*, 7 à 13. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 22 à 44. — Locré, t. 22, p. 235 et 473, no 92.

QUESTIONS TRAITÉES : La procédure d'ordre constitue-t-elle un litige, dans le sens légal de ce mot, de telle sorte que le débiteur d une créance produite dans un ordre et cédée à un tiers puisse s'en faire tenir quitte par le cessionnaire en se conformant aux dispositions de l'art. 1699, Cod. civ. ? *Q.* 2539 *bis*. — Quelle est l'influence d'une procédure d'ordre poursuivie et consommée sur le droit de délaisser, accordé par l'art. 2168 à l'acquéreur qui n'a pas rempli les formalités de la purge ? *Q.* 2539 *ter*. — L'adjudicataire d'un bien vendu en justice peut-il exiger qu'il soit procédé à un ordre, lorsque, par un acte antérieur, les créanciers ont fixé le rang de leurs hypothèques, et qu'une clause du cahier des charges porte que le prix leur sera payé suivant l'ordre réglé dans cet acte ? *Quid* si des créanciers, qui n'ont pas figuré dans cet acte, contestent la collocation établie ? *Q.* 2539 *quater*. — La revente sur folle enchère, qui a pour effet d'annuler la vente primitive, annulle-t-elle aussi l'ordre qui en a été la suite, de telle sorte qu'en pareil cas un nouvel ordre doive être ouvert? *Q.* 2539 *quinquies*. — Dans quels cas la presence à l'ordre de toute partie qui a le droit d'attaquer la vente emporte-t-elle de sa part acquiescement à cette vente et à la procédure à laquelle elle a donné lieu ? *Q.* 2539 *sexies*. — Pour que le délai fixé par l'art. 749 puisse courir, faut-il que la signification du jugement ait été faite par l'adjudicataire, non-seulement au saisi et au saisissant, mais encore à tous les créanciers inscrits ? En cas d'affirmative, les frais de cette signification doivent-ils être colloqués par privilége ? *Q.* 2540. — En quelle forme les créanciers inscrits doivent-ils constater leur accord ? Est-il nécessaire qu'il soit unanime ? Faut-il qu'ils appellent les chirographaires opposants, à l'effet de discuter la distribution convenue ? Est-il utile de la faire homologuer ? *Q.* 2541. — L'ordre amiablement réglé serait-il valable si la partie saisie n'y avait pas été appelée ? *Q.* 2541 *bis*. — La nullité provenant de l'absence, soit de créanciers, soit de la partie saisie, peut-elle être invoquée par l'un des créanciers qui ont concouru au règlement à l'amiable, en ce sens que ce créancier puisse demander qu'il soit procédé à un ordre judiciaire ? *Q.* 2541 *ter*. — Le règlement amiable pourrait-il avoir lieu si l'un des créanciers était mineur ? *Q.* 2541 *quater*. — Doit-on appliquer à un ordre ou distribution amiable les dispositions du Code de procédure relatives aux distributions forcées et opposer la déchéance à un créancier qui n'a point produit, ou qui a produit tardivement ? *Q.* 2541 *quinquies*. — Les créanciers peuvent-ils, d'un commun accord entre eux et le saisi, anticiper sur le délai que leur donne l'art. 749, pour s'entendre à l'amiable et suivre l'ordre en justice avant l'expiration du mois, depuis le jugement d'adjudication ou l'arrêt confirmatif ? *Q.* 2541 *sexies*. — Si l'adjudicataire n'a point été partie dans l'acte de la distribution conventionnelle, que doivent faire les créanciers pour parvenir à se faire payer par lui ? *Q.* 2542. — Pourrait-on, en justifiant de cette signification, contraindre l'adjudicataire au paiement ? *Q.* 2543. — L'adjudicataire qui, en vertu d'une clause particulière de son adjudication, est menacé d'éviction, à défaut de paiement de son prix, par un créancier dont les droits ne sont pas susceptibles d'être contestés, peut-il, sans attendre le résultat de l'ordre, se faire autoriser en justice au paiement de la somme due à ce créancier ? *Q.* 2543 *bis* (1).]

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Un acte d'appel nul d'un jugement d'adjudication ne pouvait, avant la loi du 2 juin 1841, arrêter les poursuites d'un ordre. Toulouse, 24 juin 1807 (*J. Av.*, t. 13, p. 90, et *J. P.*, 3e édit., t. 6. p. 371).

Cette solution serait d'autant mieux applicable, sous l'empire de cette loi, que nous

DVII. Quelque simple, comme nous venons de le dire, que soit la procédure dont il s'agit ici, on a pensé qu'un ordre fait à l'amiable était encore moins lent, moins dispendieux. C'est dans cette vue que l'art. 749 accorde à la partie saisie et aux créanciers un délai pendant lequel ils peuvent se régler entre eux.

[[2539 bis. *La procédure d'ordre constitue-t-elle un litige, dans le sens légal de ce mot, de telle sorte que le débiteur d'une créance produite dans un ordre et cédée à un tiers, puisse s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en se conformant aux dispositions de l'art.* 1699 *du Code civil?*

Après avoir transporté dans l'art. 1699, Cod. civ., la disposition très juste et très morale des lois romaines, qui admettait celui contre lequel on avait cédé un droit litigieux, à s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais, loyaux-coûts et intérêts, le législateur a voulu qu'il ne pût rester aucune incertitude sur ce qu'on doit entendre par *droit litigieux*, et il a formellement expliqué dans l'art. 1700 que, pour que la chose fût censée litigieuse, il devait y avoir procès et contestation *sur le fond du droit*. Cela posé, il est évident que la question doit être résolue négativement, car les discussions relatives au rang qu'une créance doit occuper dans un ordre ne peuvent, en aucune manière, être considérées comme des contestations sur le fond du droit. C'est aussi ce qui a été jugé par un arrêt de Cassation du 5 juill. 1819 (*J. Av.*, t. 17, p. 347, et *J. P.*, 3e éd., t. 15, p. 375).]]

[[2539 ter. *Quelle est l'influence d'une procédure d'ordre, poursuivie et consommée, sur le droit de délaisser, accordé par l'art.* 2168 *à l'acquéreur qui n'a pas rempli les formalités de la purge?*

La Cour royale de Bourbon, le 18 janv. 1834 (*J. Av.*, t. 50, p. 171), a jugé que la poursuite de l'ordre, entreprise sans que l'acquéreur de l'immeuble s'y soit opposé, rend ce dernier non recevable à user du droit de délaissement.

Il faut remarquer que cette question ne présente de difficulté sérieuse que dans l'hypothèse où la saisie immobilière, au lieu de précéder l'ordre et de lui donner naissance, vient au contraire à sa suite, et comme conséquence de ce que l'acquéreur n'a pas fait servir le prix de l'aliénation à payer les créanciers hypothécaires de son vendeur.

En effet, lorsque l'ordre est la suite de la saisie et de la vente, l'adjudicataire, on le conçoit, n'est pas dans la position d'un tiers détenteur ordinaire, puisqu'il ne s'agit pour lui d'autre chose que de payer ce à quoi il est tenu par le cahier des charges, et par le jugement d'adjudication : la faculté mentionnée dans l'article 2168 lui reste donc complétement étrangère.

A l'égard de l'acquéreur ordinaire, bien que la difficulté puisse paraître plus sérieuse, nous croyons que la raison de décider est la même.

En effet, le droit de délaisser suppose nécessairement que l'acquéreur n'a pas entendu purger. Or, de cela seul qu'il a poursuivi l'ordre, ou tout au moins qu'il a mis les créanciers inscrits en mesure d'y procéder, ne résulte-t-il pas

---

n'admettons plus l'appel contre un jugement d'adjudication. (*Voy.* t. 5, p. 753, notre *Quest.* 2423 *quinquies.*)

2° Une femme mariée ne peut ester dans une instance d'ordre, ni y encourir aucune déchéance, sans autorisation de son mari ou de justice. Douai, 21 avril 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 231); Toulouse, 19 mars 1833 (*Ibid.*, t. 45, p. 563). Mais la femme séparée de biens et autorisée en justice à la poursuite de ses droits, n'a pas besoin d'une autorisation nouvelle pour produire à l'ordre ouvert sur son mari. Colmar, 3 avril 1816 (*J. Av.*, t. 17, p. 305, et *J. P.*, 3e éd., t. 13, p. 370).

qu'il a contracté l'obligation de les payer, au fur et à mesure de la présentation des bordereaux ?

Nous croyons donc qu'en le jugeant ainsi, la Cour de Bourbon s'est conformée, non-seulement à des principes d'équité naturelle, comme le dit notre honorable confrère M. Billequin, dans ses observations sur l'arrêt précité, mais encore à l'esprit et au texte de l'art. 2168, Cod. civ.

Notre solution serait différente dans le cas où le tiers détenteur n'aurait pas figuré à l'ordre.]]

[[**2539** quater. *L'adjudicataire d'un bien vendu en justice peut-il exiger qu'il soit procédé à un ordre, lorsque, par un acte antérieur, les créanciers ont fixé le rang de leurs hypothèques et qu'une clause du cahier des charges porte que le prix leur sera payé suivant l'ordre réglé dans cet acte?* — Quid *si des créanciers, qui n'ont pas figuré dans cet acte, contestent la collocation établie?*

Le droit de provoquer l'ouverture d'un ordre ne peut appartenir à l'adjudicataire ; car, en prenant cette qualité, il a accepté les conditions du cahier des charges, et se trouve lié par elles. Cependant il ne doit pas être tenu au delà du prix de l'adjudication par l'effet de clauses relatives à des actes qui lui sont étrangers ; aussi lui accorderions-nous le droit d'exiger les garanties nécessaires pour que le paiement fût libératoire pour lui. Par exemple, si quelques créanciers, n'ayant pas figuré dans l'acte portant règlement du rang des hypothèques, contestaient la collocation du premier créancier, celui-ci pourrait-être soumis à donner une caution à l'adjudicataire, jusqu'à concurrence de ce qui paraîtrait dû à ces créanciers. Un arrêt de la Cour de Turin du 22 janv. 1812 (*J. Av.*, t. 17, p. 212, et *J. P.*, 3e éd., t. 10, p. 58), rendu dans ce sens, nous paraît conforme aux vrais principes. Nous en dirons autant de celui de la Cour de cassation du 28 juill. 1819 (*J. Av.*, t. 17, p. 228), qui a décidé que l'acquéreur, qui viole la clause du cahier des charges par laquelle il lui est interdit de provoquer un ordre en justice, peut être condamné en des dommages-intérêts. Une autre décision de Lyon, du 23 août 1817, est rapportée au *Journal des Avoués*, t. 17, p. 336, n° 216.)]]

[[**2539** quinquies. *La revente sur folle enchère, qui a pour effet d'annuler la vente primitive, annulle-t-elle aussi l'ordre qui en a été la suite, de telle sorte qu'en pareil cas un nouvel ordre doive être ouvert?*

La question a été jugée dans ce dernier sens par arrêts de la Cour de Rouen, des 4 fév. 1815 et 13 déc. 1817 (*J. Av.*, t. 17, p. 339, et *J. P.*, 3e éd., t. 14, p. 536), et de la Cour de Bourges du 12 janv. 1828 (*D.* 29.2.258) ; ces arrêts sont motivés sur ce que la collocation première devait s'évanouir avec la vente dont elle était la suite, faute d'un prix sur lequel elle pût s'exercer. Mais nous ne saurions admettre cette étrange théorie ; l'adjudication sur folle enchère n'engendre aucun droit nouveau ; elle ne fait que substituer un acquéreur à un autre : pourquoi donc aurait-elle pour effet d'annuler l'ordre qui a fixé le sort des parties ? Où est la nécessité de recommencer à grands frais une procédure régulière pour arriver toujours au même résultat ? Il faut le dire, un nouvel ordre, après une revente sur folle enchère, est un acte frustratoire que les tribunaux ne doivent jamais autoriser. Aussi le second arrêt de la Cour de Rouen, déféré à la Cour suprême, a-t-il été cassé par elle, le 12 nov. 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 326), il est d'ailleurs évident que si le prix de la seconde adjudication est supérieur à celui de la première, il y aura lieu à un nouvel ordre, mais seulement sur la somme formant l'excédant. C'est ce qu'a jugé la Cour de Paris, le 6 juin 1812 (*J. Av.*, t. 17, p. 217).]]

[[**2539** sexies. *Dans quels cas la présence à l'ordre de toute partie qui a le droit d'attaquer la vente emporte-t-elle de sa part acquiescement à cette vente et à la procédure à laquelle elle a donné lieu?*

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 414, s'est demandé si un créancier qui aurait provoqué l'ouverture de l'ordre serait recevable à attaquer un jugement d'adjudication, et il s'est prononcé avec raison pour la négative. — En effet, provoquer l'ouverture de l'ordre, c'est approuver la dépossession de la partie saisie; on ne peut donc admettre à contester le jugement d'adjudication celui qui a suivi cette marche.

Par la même raison, si un créancier avait ouvert l'ordre avant l'expiration des délais pendant lesquels il eût pu surenchérir, il se serait rendu non recevable dans une surenchère postérieure. La surenchère n'a, en effet, pour objet que de donner au créancier qui aurait à se plaindre de la fixation du prix le moyen de le faire porter à son taux véritable; il l'a approuvé en requérant la distribution; il s'est enlevé le bénéfice de surenchère que la loi lui accordait.

Mais pour que le fait d'avoir poursuivi l'ordre ou de s'y être présenté puisse être considéré comme un acquiescement de la part du créancier au jugement d'adjudication, il faut d'abord que cet acquiescement réunisse toutes les conditions qui concourent à la validité d'un consentement ordinaire, et que d'ailleurs il n'ait rien de contraire au but que devait naturellement se proposer la partie en poursuivant l'ouverture de l'ordre.

C'est donc avec raison qu'il a été jugé :

Par la Cour de Paris, 17 prair. an XIII (*S.* 7.2.763, et *J. P.*, 3e éd. t. 4, p. 583), que l'acquéreur n'acquiesce point au jugement qui le condamne à payer son prix aux créanciers, s'il n'a figuré dans l'ordre que *comme forcé;*

Par la Cour de Bruxelles, 16 nov. 1830 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1830, p. 131), qu'un créancier peut, avant le règlement de l'ordre ouvert sur le prix d'un immeuble affecté à sa créance, attaquer la vente de cet immeuble comme faite en fraude de ses droits;

Par la Cour de cassation enfin, le 23 déc. 1806 (*S.* 7.1.65), qu'un créancier poursuivant l'ordre, ne peut être réputé avoir acquiescé à une disposition du jugement contenant dispense pour l'adjudicataire de payer intérêt du prix, puisque la procédure d'ordre, qui porte sur les intérêts aussi bien que sur le capital, a précisément pour objet d'en opérer une équitable distribution.]]

2540. *Pour que le délai fixé par l'art.* 749 *puisse courir, faut-il que la signification du jugement ait été faite par l'adjudicataire* (1), *non-seulement au saisi et au saisissant, mais encore à tous les créanciers inscrits?*

[[*En cas d'affirmative, les frais de cette signification doivent-ils être colloqués par privilége?*

Suivant M. LEPAGE, dans son *Traité des saisies*, t. 2, p. 232, le mois donné

(1) Nous disons par *l'adjudicataire*, mais nous n'entendons pas pour cela exclure le poursuivant du droit de notifier, qu'il tient évidemment de l'art. 750, en ce qu'il y a pour raison de décider qu'il peut signifier, afin de faire courir le délai du règlement à l'amiable, la même raison pour laquelle l'art. 750 l'autorise à requérir, à l'expiration de ce délai, la nomination du juge-commissaire. Il est à remarquer, d'ailleurs, que c'est contre lui que se dirigerait l'appel du jugement d'adjudication : il est donc fondé à signifier, pour faire courir sous ce rapport le délai d'appel. Ainsi donc, le saisissant et l'adjudicataire ayant droit de signifier, il y a concours, et par conséquent c'est la signification faite par le plus diligent qui seule doit passer en taxe; car on ne peut admettre des significations inutiles.

aux créanciers pour se régler à l'amiable, courrait du jour où le jugement d'adjudication aurait été signifié, tant au saisissant qu'à la partie saisie, et *au créancier premier inscrit*. Dans son nouveau style (4e éd., *revue d'après les observations de la Chambre des Avoués de Paris*), la signification devrait être faite *à tous les créanciers inscrits*.

Tel est aussi l'avis de M. Demiau-Crouzilhac, p. 463, et de M. Berriat Saint-Prix, p. 610, not. 4; mais ce dernier est le seul qui l'ait motivé. M. Pigeau, t. 2, p. 255, dont l'opinion a été consacrée par un arrêt de la Cour de Metz du 22 mars 1817 (*S.*, 19.2.134; *J. Av.*, t. 17, p. 324; *J. P.*, 3e édit., t. 14, p. 146), n'admet d'autre signification que celle à faire au saisi; il fonde son opinion sur des raisons d'économie, en disant que l'on peut, sans faire les frais énormes de la signification d'un jugement volumineux à des créanciers qui sont souvent en grand nombre, les constituer en demeure d'exécuter le jugement : c'est de faire procéder à l'ordre....

M. Berriat Saint-Prix objecte que ce moyen n'est point autorisé par la loi; qu'il est même contraire à la maxime *paria sunt non esse et non significari*; qu'au reste, les créanciers pourraient toujours objecter qu'ils ignorent si le délai a couru, puisqu'ils ne connaissent pas même légalement le jugement dont la notification doit faire courir ce délai.

Nous convenons à regret, car il serait à désirer que la loi eût économisé les frais, que cette opinion de M. Berriat Saint-Prix a pour elle le texte de l'art. 749, qui fait courir le délai d'un mois du jour de la signification du jugement : or, il s'agit évidemment d'une signification à toutes les parties. D'ailleurs, cette signification est nécessaire pour constituer les créanciers en demeure d'appeler (1). Tel est aussi l'usage que l'on suit généralement, nonobstant le sentiment de M. Pigeau, et nous n'avons pas connaissance qu'il ait été improuvé par aucun tribunal.

[[Avant la loi du 2 juin 1841, cette question était fort controversée, ainsi que cela résulte des dissertations et arrêts qu'on peut consulter, *J. Av.*, t. 27, p. 15; t. 28, p. 187; t. 29, p. 165; t. 32, p. 127, t. 36, p. 266. Mais le nouvel art. 716 (t. 5, p. 632), a été introduit dans la loi, précisément pour trancher toute difficulté.

C'est donc à dater de la signification du jugement au saisi que court le mois dont parle l'art. 749. On sait que la loi nouvelle ne permet plus l'appel contre les jugements d'adjudication, ce qui confirme encore l'application de l'art. 716 aux matières d'ordre. (*Voy.* t. 5, p. 753, notre *Quest.* 2423 *quinquies*.)]]

2541. *En quelle forme les créanciers inscrits doivent-ils constater leur accord? Est-il nécessaire qu'il soit unanime? Faut-il qu'ils appellent les chirographaires opposants, à l'effet de discuter la distribution convenue? Est-il utile de la faire homologuer?*

Il est évident qu'il dépend des créanciers de faire constater, comme ils le veulent, les conventions qui forment leur accord. (*Voy.* Berriat Saint-Prix, p. 610, not. 4, n° 2, et p. 556, not. 13.) Mais M. Pigeau, t. 2, p. 246, dit qu'on en passe acte devant notaires; et en effet c'est ce qu'il convient de faire, attendu le consentement en radiation des inscriptions.

M. Tarrible, p. 679, fait observer qu'il ne suffit pas, pour la validité de ces conventions, que la majorité des créanciers y ait concouru, ainsi qu'on le dé-

(1) Nous ne disons pas ici, comme dans notre *Analyse*, *Quest.* 2832, *en demeure de surenchérir*, parce que le délai pour l'enchère est fixé par l'art. 710 à huitaine, à partir de *la prononciation*, et non pas de *la signification* du jugement.

cide en matière de faillite; qu'il faut que tous les créanciers et le saisi soient présents et consentent, en sorte qu'un seul absent ou dissident empêcherait la distribution conventionnelle d'avoir lieu.

Il ajoute que cette distribution ne peut avoir son effet qu'autant que l'on a mis en cause les créanciers chirographaires *opposants* (*Voy.* LEPAGE, *Traité des saisies*, t. 2, p. 235), et qu'il est prudent aux créanciers inscrits, qui se sont accordés entre eux et avec le saisi, de faire homologuer leur traité et prononcer la déchéance de tous créanciers qui, ayant des priviléges indépendants de l'inscription, ou se trouvant omis au certificat du conservateur (*Voy.* Code civil, art. 2198), n'auraient pas produit leurs titres.

[[Nous partageons sans hésitation cette manière de voir, en ajoutant qu'il est effectivement d'usage de faire homologuer par le tribunal l'ordre amiable.]]

[[**2541** bis. *L'ordre amiablement réglé serait-il valable si la partie saisie n'y avait pas été appelée?*

Nous pensons que non, par le motif que ce mode de procéder tendrait à dépouiller le saisi des garanties que les formalités prescrites lui assurent. Des droits ou des exemptions lui sont peut-être dus, et, comme le fait très bien remarquer M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 414, le jugement d'adjudication ne l'a pas tellement dépouillé des deniers qui sont la représentation de l'immeuble, qu'il n'ait le droit d'en surveiller l'emploi; il peut avoir à contester des créances; s'il existe un résidu de prix, il lui appartient; comment en disposer sans son consentement? Aussi la Cour de Bordeaux a-t-elle, par arrêt du 28 mars 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 221; *J. P.*, 3e éd., t. 21, p. 1332), décidé avec raison que la présence de la partie saisie était rigoureusement nécessaire et qu'elle était en droit de s'opposer à l'homologation du règlement amiable fait d'une manière si arbitraire et si opposée aux intentions du législateur.]]

[[**2541** ter. *La nullité provenant de l'absence, soit de créanciers, soit de la partie saisie, peut-elle être invoquée par l'un des créanciers qui ont concouru au règlement à l'amiable, en ce sens que ce créancier puisse demander qu'il soit procédé à un ordre judiciaire?*

Non, attendu que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et que dès lors il n'appartient qu'aux créanciers, ou au saisi, qui n'ont pas donné leur consentement à cet accord, de provoquer l'ouverture de l'ordre; s'ils ne le font pas, on évitera les frais de cette procédure. C'est au surplus ce qu'a jugé la Cour de Lyon, le 26 avril 1826 (*J. P.*, 3e éd., t. 20, p. 425).]]

[[**2541** quater. *Ce règlement amiable pourrait-il avoir lieu si l'un des créanciers était mineur?*

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 415, pose la question et la résout par la distinction suivante : « Si le mineur, dit-il, devait, dans cet ordre amiable, obtenir sa collocation et son paiement, sans diminution de sa créance, il n'est pas douteux que l'acte ne fût valide, ce serait alors un simple paiement que le tuteur est en droit de recevoir au nom du pupille. Si, pour régler la distribution amiable, il était nécessaire de sacrifier tout ou partie des droits du mineur, le règlement pourrait encore avoir lieu, mais on devrait se conformer aux dispositions de l'art. 467, Cod. civ., sur les transactions faites au nom des mineurs. »

Nous souscrivons volontiers à cette décision qui est en tous points conforme aux vrais principes.]]

[[**2541** quinquies. *Doit-on appliquer à un ordre ou distribution amiable, les dispositions du Code de procédure relatives aux distributions forcées et opposer la déchéance à un créancier qui n'a point produit, ou qui a produit tardivement ?*

La raison et l'équité disent suffisamment que les rigueurs des lois de procédure seraient un contre-sens là où le seul accord des parties sert de règle, et où tout se fait par une intelligence parfaite et des sacrifices réciproques. Aussi la Cour de Metz a-t-elle jugé, le 5 août 1814 (*J. Av.*, t. 17, p. 267, et *J. P.*, 3° éd., t. 12, p. 352), que l'on ne pouvait appliquer à un ordre amiable aucune des dispositions du Code de procédure relatives à des distributions forcées en justice, où chacun des créanciers, régulièrement et judiciairement appelés, venant à faire défaut dans les termes et délais prévus par la loi, peut encourir la déchéance.]]

[[**2541** sexies. *Les créanciers peuvent-ils, d'un commun accord entre eux, et le saisi, anticiper sur le délai que leur donne l'art.* 749, *pour s'entendre à l'amiable, et suivre l'ordre en justice avant l'expiration du mois, depuis le jugement d'adjudication ou l'arrêt confirmatif ?*

Oui, car ce délai est uniquement établi dans l'intérêt du saisi et de ses créanciers; rien ne s'oppose donc à la régularité de l'ordre qu'ils commencent ou laissent commencer avant l'expiration du délai, après avoir reconnu l'impossibilité d'un arrangement amiable ; ce délai est purement facultatif et non de rigueur ; c'est aux créanciers qui veulent s'accorder à en réclamer le bénéfice. Cette opinion, partagée par M. DALLOZ, t. 10, p. 805, répugne à M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 413, qui trouve cette précipitation contraire aux dispositions conciliatrices de la loi et voudrait que le tribunal ordonnât d'office, ou sur la réquisition du ministère public, la suspension de la procédure, le délai étant, dit cet auteur, établi dans des vues d'intérêt public. Mais rien ne justifie cette assertion, qui a été condamnée par la Cour de Rouen, le 30 déc. 1814 (*J. Av.*, t. 17, p. 276).]]

2542. *Si l'adjudicataire n'a point été partie dans l'acte de la distribution conventionnelle, que doivent faire les créanciers, pour parvenir à se faire payer par lui ?*

Il faut lui faire signifier cet acte avec un extrait du registre de la conservation des hypothèques qui fasse connaître tous les créanciers inscrits. Cet extrait, qui se délivre depuis la transcription, doit contenir l'offre de ces créanciers de faire radier les inscriptions par eux prises, et de donner mainlevée des oppositions de la part des créanciers non inscrits. (*V.* PIGEAU, p. 246.)

[[Il faudrait de plus signifier la délégation au profit des créanciers utilement colloqués, telle qu'elle aurait été convenue entre tous les créanciers et le saisi. Notre avis sur ce point est conforme à celui de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 5.]]

2543. *Pourrait-on, en justifiant de cette signification, contraindre l'adjudicataire au paiement?*

Non, puisque l'acte n'a point été passé avec lui : il faudrait donc lever une grosse du jugement d'adjudication, en vertu de laquelle il pourrait être contraint par les voies de droit. (*V.* PIGEAU, *ubi suprà.*)

[[Cette opinion est aussi la nôtre.]]

[[2543 bis. *L'adjudicataire qui, en vertu d'une clause particulière de son adjudication, est menacé d'éviction, à défaut de paiement de son prix, par un créancier dont les droits ne sont pas susceptibles d'être contestés, peut-il, sans attendre le résultat de l'ordre, se faire autoriser en justice au paiement de la somme due à ce créancier?*

L'affirmative a été adoptée par la Cour de Turin, le 6 juill. 1813 (*J. Av.*, t. 17, p. 251, et *J. P.*, 3e éd., t. 11, p. 530), dans une espèce toute particulière. Evidemment cette solution est exacte pour tous les cas où le refus de paiement ne serait pas possible par suite de dispositions précises ou d'une loi, ou du cahier des charges; mais, hors de ces termes, l'ordre est la seule procédure qui doive être suivie pour le paiement régulier des créanciers; l'adjudicataire peut toujours, à la vérité, payer à ses risques et périls les créanciers, en se faisant subroger à leurs droits.]]

ART. 750. **Le mois expiré, faute par les créanciers et la partie saisie de s'être réglés entre eux, le saisissant, dans la huitaine, et à son défaut, après ce délai, le créancier le plus diligent ou l'adjudicataire, requerra la nomination d'un juge-commissaire, devant lequel il sera procédé à l'ordre.**

Tarif 130. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 233, n° 4.] — Loi du 11 brum. an VII, art. 31. — Cod. de proc., art. 657, 658, 718, 775 et 779. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Ordre*, nos 12, 13, 16 à 18, 37 à 43, 53, 54. — Devilleneuve, v° *Ordre*, nos 14 à 27. — Arm. Dalloz, v° *Ordre*, nos 86 à 100. — Locré, t. 22, p. 474, n° 93.

QUESTIONS TRAITÉES : Quel est le tribunal devant lequel l'ordre doit être poursuivi? *Q.* 2544. — Mais n'en serait-il pas autrement s'il était procédé à la vente AVANT PARTAGE? *Q.* 2545.— Peut-on joindre et renvoyer à un même tribunal les ordres à régler par suite d'adjudications de deux biens situés dans le ressort de deux tribunaux, et vendus séparément par expropriation forcée? *Q.* 2546. —Mais doit-on aussi procéder à autant d'ordres séparés qu'il y a de biens situés dans l'arrondissement, lorsqu'ils sont hypothéqués à des créanciers divers? *Q.* 2547. —Doit-on appeler à l'ordre, non-seulement les créanciers inscrits sur le dernier possesseur, mais encore tous ceux inscrits sur lés précédents propriétaires? Est-ce à l'adjudicataire à donner l'indication de ces créanciers, et à faire la procédure nécessaire pour purger les hypothèques légales? Quelles sont, en général, les personnes qu'il faut appeler à l'ordre? *Q.* 2548. — L'acquéreur d'un immeuble soumis à une hypothèque légale non inscrite peut-il demander que l'ouverture de l'ordre soit retardée jusqu'à l'expiration du déla accordé par la loi pour prendre inscription? *Q.* 2548 *bis.* — Est-ce d'après le domicile élu par les créanciers ou d'après leur domicile réel qu'on doit calculer les délais à observer pour l'ouverture de l'ordre? *Q.* 2548 *ter.* — Si, après le délai de huitaine donné au saisissant pour requérir la nomination du juge-commissaire, un créancier, ou l'adjudicataire lui-même ne faisait pas cette réquisition, le saisi aurait-il droit de la faire? *Q.* 2549. — Un créancier hypothécaire dont le droit repose sur des immeubles autres que ceux qui ont été judiciairement vendus, ou un créancier purement chirographaire, peuvent-ils provoquer l'ouverture de l'ordre? *Q.* 2549 *bis.* — La poursuite d'un ordre serait-elle nulle par cela seul que l'inscription du créancier poursuivant serait entachée de nullité ou qu'un tiers aurait été postérieurement subrogé à ses droits? *Q.* 2549 *ter.* — L'acquéreur qui veut se libérer définitivement peut-il consigner le prix de son adjudication? *Q.* 2549 *quater.*]

DVIII. Le législateur ne pouvait qu'émettre, comme il l'a fait par l'article précédent, le vœu que les parties procédassent à l'amiable au règlement de l'ordre; mais ce vœu peut n'être pas écouté, et dès lors il a fallu établir un mode de procéder. C'est l'objet des art. 750 et suivants.

[[L'art. 750 tranche une grave question qui s'était élevée sous l'empire de la loi du 11 brum. an VII. C'est celle de savoir si, parce qu'un créancier avait poursuivi l'expropriation forcée, il devait être préféré aux autres créanciers dans la poursuite de l'ordre, de manière que le choix ne pût tomber que sur lui? Le Code de procédure, contrairement à la jurisprudence antérieure du tribunal de Paris (*J. Av.*, t. 17, p. 108), lui donne la préférence. En cas d'inaction de sa part, la poursuite d'ordre appartient au créancier le plus diligent ou même à

l'adjudicataire; les Cours de Caen et d'Orléans avaient demandé que ce dernier n'eût pas le droit de provoquer l'ordre, parce qu'il peut en abuser en retardant son paiement, par des chicanes et des lenteurs; mais comme, d'un autre côté, l'adjudicataire peut avoir un véritable intérêt à cette poursuite, cette dernière considération l'a emporté, et le droit lui en a été maintenu.]]

2544. *Quel est le tribunal devant lequel l'ordre doit être poursuivi?*

C'est, ainsi que le portait l'art. 31 de la loi du 11 brum. an VII, celui qui a prononcé l'adjudication comme tribunal de la situation de l'immeuble. (*V.* l'arrêt de la Cour de cassation cité sur la *Quest.* 2545.)

[[Si donc, à la suite d'un arrêt rendu sur incident, l'adjudication définitive avait été prononcée par un tribunal autre que celui du lieu où les biens sont situés, c'est néanmoins devant ce dernier que la procédure d'ordre devrait être poursuivie. A l'appui de cette doctrine, nous citerons un arrêt de la Cour de Bourges du 10 fév. 1813 (*J. P.*, 3e éd., t. 11, p. 116; *J. Av.*, t. 17, p. 239), où les arguments pris de ce que l'ordre serait la suite de la procédure en expropriation, ne faisant qu'un avec elle, et de ce que les tribunaux doivent connaître de l'exécution de leurs jugements, sont réfutés, par ces motifs que l'ordre est, au contraire, d'après l'avis du conseil d'Etat du 16 févr. 1807, le principe d'une nouvelle procédure et qu'il y a ici attribution spéciale de juridiction, cas où la règle invoquée devient inapplicable. Voyez encore les arrêts de la Cour de cassation des 26 et 27 frim. an XIV, 11 févr 1806, et 3 sept. 1812 (*J. Av.*, t. 17, p. 120, 121 et 125), et celui du 21 juill. 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 245).

Le tribunal civil est, dans tous les cas, seul compétent pour statuer sur les difficultés qui s'élèvent en matière d'ordre entre des créanciers hypothécaires, lors même qu'il existerait un engagement contraire entre l'un d'eux et leur débiteur commun. C'est par suite de ce principe que la Cour royale de Paris a jugé, le 22 févr. 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 398, et *J. P.*, t. 23, p. 1257), que la contestation sur la quotité d'une créance résultant d'un crédit ouvert au débiteur, par un des créanciers ne peut être jugée par le tribunal de commerce, ni par des arbitres, lors même que les parties se seraient engagées à leur soumettre le différend.]]

2545. *Mais n'en serait-il pas autrement, s'il était procédé à la vente* AVANT PARTAGE?

Par arrêt du 23 mai 1810 (*J. P.*, 3e éd., t. 11, p. 510, et *J. Av.*, t. 17, p. 178), la Cour de Paris avait jugé qu'en cette circonstance l'ordre devait être poursuivi devant le tribunal dans l'arrondissement duquel la succession était ouverte; elle s'est fondée sur la disposition de l'art. 59 du Code de procédure; mais la Cour de cassation avait décidé le contraire, le 18 avril 1809 (*S.* t. 15, 1re part., p. 194, *J. P.*, 3e éd., t. 7, p. 499, et *J. Av.*, t. 17, p. 153), par la raison que la demande à fin d'ordre est une action réelle qui, comme toute autre, doit être portée devant le tribunal de la situation de l'immeuble dont le prix est à distribuer.

[[On voit qu'il s'agit ici d'une vente volontaire; quoique la Cour de cassation soit revenue sur sa décision, le 21 juill. 1821 (*J. Av.* t. 23, p. 245), et que la Cour de Rouen se soit, le 22 févr. 1812 (*J. Av.*, t. 17, p. 360), prononcée dans le même sens, la jurisprudence paraît être fixée dans le sens contraire. La Cour de Paris a abandonné sa première opinion le 28 juin 1813 (*J. Av.*, t. 17, p. 250), et ce dernier avis a été consacré par deux arrêts de la Cour de cassation des 3 sept. 1812, et 6 janv. 1830 (*J. Av.*, t. 17, p. 221, et t. 38, p. 177, *J. P.*, 3e éd., t. 10, p. 709 et t. 23, p. 14).

Ce qui donne lieu à la difficulté, c'est surtout l'art. 59, Cod. proc. civ., qui attribue compétence en matière de succession au tribunal du lieu où elle s'est ouverte, pour connaître des demandes intentées par les créanciers, avant le partage. Il est vrai que cette disposition n'enlève pas expressément compétence au tribunal du lieu de la situation de l'immeuble pour connaître de la procédure d'ordre; mais on répond que cela résulte implicitement de ce que les débats sur la vente peuvent être transportés devant d'autres juges, puisque l'ordre n'est que la suite et la conséquence de l'adjudication. Toutefois, ce raisonnement ne nous paraît pas concluant : en effet, ces deux procédures ne se rattachent l'une à l'autre que parce qu'en général l'adjudication elle-même se consomme devant le juge de la situation des biens ; mais lorsqu'elle est transférée devant un autre tribunal, en vertu d'une disposition exceptionnelle et restrictive, par quels liens y entraînerait-elle en même temps l'instance d'ordre ? C'est au bureau des hypothèques de la situation de l'immeuble qu'ont été requises les inscriptions en vertu desquelles les créanciers sont admis à s'y présenter. C'est d'ailleurs à ce tribunal que les principes généraux de compétence et même l'art. 4 de la loi du 14 nov. 1808, rapporté à la question suivante, attribuent juridiction, et il n'y a été nullement dérogé. De là il faut conclure :

1° Avec la Cour de cassation, le 13 juin 1809, et le 3 janv. 1810 (*J. Av.*, t. 17, p. 160 et 165, *J. P.*, 3e éd., t. 7, p. 621, et t. 6, p. 6), que lorsque plusieurs immeubles du même débiteur ont été saisis et vendus dans des arrondissements divers, il n'y a pas lieu de joindre les ordres pour la distribution des prix et que chacun doit se poursuivre devant le tribunal compétent. (*Voy.* la question suivante.)

2° Que l'ordre pour la distribution du prix d'un immeuble dépendant d'une succession bénéficiaire, qui a été vendu par adjudication publique, doit être poursuivi, non devant le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte, mais devant celui de la situation du bien vendu ; Cassation, 28 fév. 1842 (*J. Av.*, t. 62, p. 319).

3° Avec la Cour de Paris, 31 mai 1826 (*S.* 28.2.127), qu'il n'est pas permis de déroger à cette attribution de juridiction, même en vertu de stipulations formelles des parties. (*Voy.* la question précédente.)

La même doctrine est enseignée par tous les auteurs, et notamment par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 408; MERLIN, *Rép.*, t. 12, p. 309; BERRIAT SAINT-PRIX, p. 612, n° 6; FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 54; PERSIL, t. 2, p. 415; DALLOZ, t. 10, n° 815, n° 6. (*V.* aussi nos *Quest.* 261 *bis*, 263 et 2452.)]]

2546. ***Peut-on joindre et renvoyer à un même tribunal les ordres à régler par suite d'adjudication de deux biens situés dans le ressort de deux tribunaux, et vendus séparément par expropriation forcée ?***

Un arrêt de la Cour de cassation, section des requêtes, du 3 janv. 1810 (*S.* 10.2.240, et *J. Av.*, t. 17, p. 165), a jugé négativement cette question, attendu que l'art. 4 de la loi du 14 nov. 1808 porte que les procédures relatives tant à l'expropriation forcée qu'à la distribution du prix des immeubles, seront portées devant les tribunaux respectifs de la situation des biens.

Nous remarquerons qu'autrefois, quoique les juridictions fussent patrimoniales, et que tous les officiers des seigneurs, et les seigneurs mêmes, à cause de leurs droits de greffe, spéculassent souvent, disait-on, sur les instances d'ordre dans *les vacances, déshérences,* etc., le Parlement était dans l'usage d'évoquer en pareil cas diverses instances, et de les renvoyer dans la même juridiction ou au même tribunal : *fecit hæc sapientia quondam.* Il est à regretter peut-être que la loi du 14 novembre n'ait pas permis de suivre cette jurisprudence et

les dispositions des art. 363, 364 et suiv., Cod. proc. civ.; l'intérêt des créanciers et du débiteur l'exigerait : on éviterait par là doubles frais et la difficulté de produire presque en même temps les mêmes titres dans deux tribunaux souvent éloignés l'un de l'autre.

Par un autre arrêt, du 13 juin 1809 (*S.* 9.2.282, et *J. Av.*, t. 17, p. 160), la même Cour avait décidé que, dans le cas où un immeuble saisi est, du consentement des créanciers inscrits, vendu par le débiteur lui-même, l'ordre n'en devait pas moins être ouvert devant le tribunal de la situation de cet immeuble, lors même que la vente aurait été poursuivie devant un autre tribunal et que d'autres immeubles, situés dans le ressort de ce dernier tribunal, eussent été compris dans cette vente.

La Cour a considéré que le règlement de l'ordre était une matière réelle, et que conséquemment la majorité des créanciers, qui consentait à ce que ce règlement eût lieu devant le tribunal qui avait prononcé la vente, ne pouvait dépouiller le tribunal de la situation du droit de régler l'ordre pour l'attribuer à un autre, et forcer ainsi les autres créanciers à suivre leur gage devant un tribunal étranger.

[[Cette décision est une conséquence forcée de celle que nous avons donnée sous la question précédente, ainsi que nous l'avons déjà reconnu. Il est fâcheux, peut-être, que la loi n'ait pas permis la jonction des différents ordres, au moins dans certains cas; les frais eussent été moins considérables. On avait d'abord voulu arriver à ce but, en s'étayant de l'art. 171, Cod. proc. civ., mais on a facilement compris qu'il ne pouvait pas y avoir ici de connexité, et que toujours il y a, dans l'ordre du prix de tel immeuble, des créanciers qui ne peuvent pas figurer dans la distribution introduite sur le prix d'un autre. D'ailleurs restait l'art. 4 de la loi du 14 nov. 1808, lequel est exprès. Cependant M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 419, dernier alinéa, propose, dans le cas de l'art. 2210, Cod. civ., de procéder à l'ordre devant le tribunal dans le ressort duquel se trouve le chef-lieu de l'exploitation : il serait désastreux, dit-il, pour les créanciers, de suivre autant d'ordres qu'il y a de parties de terrains sur des arrondissements différents; on doit considérer ces terrains comme une dépendance, un accessoire de la propriété principale, et ils doivent en suivre le sort. Un arrêt de la Cour royale de Bordeaux du 9 juill. 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 135, et *J. P.*, t. 27, p. 446), rentre avec raison dans le système de M. Pigeau, puisqu'il décide que l'ordre ouvert sur un immeuble situé partie dans le ressort d'un tribunal, partie dans le ressort d'un autre, doit être suivi de préférence devant le tribunal dans l'arrondissement duquel le vendeur avait son domicile, où, par suite, la succession s'est ouverte, et dans lequel aussi demeurent la plupart des créanciers hypothécaires.]]

2547. *Mais doit-on aussi procéder à autant d'ordres séparés qu'il y a de biens situés dans l'arrondissement, lorsqu'ils sont hypothéqués à des créanciers divers?*

C'est l'avis de M. TARRIBLE (*Nouv. Répert.*, au mot *Saisie immob.*, § 8, n° 1). Il doit, dit-il, y avoir autant d'ordres distincts qu'il y a de biens affectés à des créanciers différents.

Tel est aussi celui de M. PERSIL (*Quest. hypoth.*, 1re éd., p. 390); mais la raison principale qui nous détermine, c'est que si l'on admettait cette jonction comme *nécessaire*, il arriverait, dans le cas, par exemple, où il n'y aurait que deux créanciers seulement inscrits sur des immeubles, qu'ils devraient se présenter à l'ordre pour la distribution du prix de cet immeuble, fût-il vendu par suite d'aliénation volontaire, et par là on les priverait du bénéfice de l'art. 775. Nou ne pensons pas que la loi ait entendu consacrer un semblable résultat. (*Voy*

néanmoins, pour l'opinion contraire, *Comment. des Annales du Notariat*, t. 5, p. 273.)

[[Notre avis est conforme à celui de M. Carré et ne contrarie nullement celui que nous avons émis sous la *Quest.* 2543 *quinquies.* Car si un créancier, étranger aux intérêts que l'ordre a pour but de régler, est en droit de provoquer cette procédure, il est évident qu'il n'a de profit à en espérer que sur le reliquat éventuel qui, après le paiement de toutes les créances inscrites, revient forcément à son débiteur.]]

2548. *Doit-on appeler à l'ordre non-seulement les créanciers inscrits sur le dernier possesseur, mais encore tous ceux inscrits sur les précédents propriétaires? Est-ce à l'adjudicataire à donner l'indication de ces créanciers, et à faire la procédure nécessaire pour purger les hypothèques légales?*
[[*Quelles sont, en général, les personnes qu'il faut appeler à l'ordre?*]]

Un arrêt de la Cour de Riom, que SIREY, t. 11, p. 379, rapporte sous la date du 8 juin 1811, et M. Denevers sous celle du 3 (*J. Av.*, t. 17, p. 197), a décidé :

1° Qu'on doit appeler à l'ordre, ouvert pour la distribution du prix d'immeubles vendus par expropriation forcée, tous les créanciers ayant, à l'époque de l'adjudication, des priviléges ou des hypothèques inscrites ou légales, frappant soit sur le débiteur exproprié, soit sur les précédents propriétaires, lorsque le saisi n'avait pas rempli les formalités pour consolider sur sa tête la propriété des biens vendus;

2° Que c'est à l'adjudicataire à indiquer les créanciers inscrits sur les anciens propriétaires, et à faire la procédure nécessaire pour purger les hypothèques légales.

Cette décision prouve la justesse de l'observation que nous avons faite, d'après M. Tarrible, sur la *Quest.* 2541.

[[L'adhésion que nous avons donnée, sous cette question, à l'opinion de M. Carré, indique suffisamment que nous n'avons rien à objecter à celle-ci. Nous ajouterons seulement, avec un arrêt de la Cour de Rouen du 8 déc. 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 197, et *J. P.*, 3ᵉ éd., t. 18, p. 1202), qu'on doit aussi appeler à l'ordre :

1° Lorsque l'immeuble est saisi sur un tiers détenteur, le débiteur principal qui ne sera pas soumis aux mêmes forclusions de contredire que les autres créanciers inscrits;

2° L'ancien propriétaire de l'immeuble, dont l'ordre est ouvert sur un second acquéreur; il doit y être appelé comme simple créancier, au domicile élu dans son inscription d'office.

Le cas échéant, on doit, ainsi que nous l'avons dit dans notre *Comment. du Tarif* (t. 2, p. 236, nº 79), y appeler l'adjudicataire qui se trouve créancier pour les frais extraordinaires de transcription de son contrat.]]

[[**2548** bis. *L'acquéreur d'un immeuble soumis à une hypothèque légale non inscrite peut-il demander que l'ouverture de l'ordre soit retardée jusqu'à l'expiration du délai accordé par la loi pour prendre inscription?*

Il le peut alors même qu'il a fait transcrire son contrat et l'a notifié aux créanciers inscrits. Cette solution a pour elle l'autorité de M. PERSIL, *Comm. des Hypoth.*, t. 2, p. 422, § 4; celle de deux arrêts, l'un d'Angers, du 14 juill. 1809, l'autre de la Cour de Riom, du 8 juin 1811 (*J. Av.*, t. 17, p. 161 et 197, *J. P.*, 3ᵉ édit., t. 7, 685), et enfin d'un avis du conseil d'Etat du 9 mai 1807. Elle se justifie, d'ailleurs, par elle-même. En effet, cet avis et les art. 2193 et 2194, Cod. civ., indiquent les formalités à remplir et

mode à suivre par les acquéreurs pour purger les immeubles soumis à l'hypothèque légale; aucune loi n'ordonne, à peine de déchéance, l'exécution de ces formalités dans un délai quelconque, et notamment avant la transcription et la signification du contrat d'acquisition aux créanciers inscrits; l'acquéreur ne peut donc être déchu du droit de le faire encore après cette époque. D'un autre côté, n'est-il pas possible que, dans le délai déterminé par l'art. 2195, il soit pris, au profit de la femme ou des mineurs, des inscriptions qui, de leur nature, remontent pour la priorité à la date du contrat de mariage ou de la nomination du tuteur, et priment toutes celles qui ont été postérieurement consenties; et ne faut-il pas, dès lors, attendre l'expiration de ce délai, avant de procéder à une distribution dans laquelle peuvent venir se présenter des droits si puissants et si bien garantis par la loi?

C'est par une conséquence de ces principes que la Cour de Limoges, le 26 fév. 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 225), a décidé que, lorsqu'après le jugement qui règle la distribution du prix d'un immeuble, il survient des créanciers en vertu d'hypothèques légales non purgées, les juges doivent ordonner une nouvelle distribution entre tous les créanciers.]]

[[**2548** ter. *Est-ce d'après le domicile élu par les créanciers, ou d'après leur domicile réel, qu'on doit calculer les délais à observer pour l'ouverture de l'ordre?*

Cette question a été tranchée par la Cour de Paris, le 16 nov. 1812 (*J. Av.*, t. 17, p. 229), en ce sens que le domicile élu dans l'inscription devait seul être considéré, puisque c'est à ce domicile que les diligences doivent être faites et cette décision, qui résulte aussi d'un arrêt de Rouen, du 30 déc. 1814 (*J. Av.*, t. 17, p. 276), nous paraît conforme aux principes.]]

2549. *Si, après le délai de huitaine donné au saisissant pour requérir la nomination du juge-commissaire, un créancier, ou l'adjudicataire lui-même, ne faisait pas cette réquisition, le saisi aurait-il droit de la faire?*

Oui, quoique la loi ne s'exprime point à ce sujet.

En effet, ainsi que le font observer MM. Pigeau et Lepage, il importe au saisi de hâter sa libération, même partielle, et de toucher les deniers qui pourraient rester après la distribution. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 247, et LEPAGE, *Traité des saisies*, t. 2, p. 237.)

[[Nous pensons aussi que ce droit lui appartient; et, si l'art. 750 ne désigne que le saisissant, l'adjudicataire et les créanciers, ce n'est, à notre avis, que par suite d'une omission. En effet, le saisi a intérêt à ne pas laisser oisif le prix de l'adjudication, à se libérer et à toucher le surplus, s'il y en a. Nous approuvons donc l'arrêt de la Cour de Bourges du 8 août 1827, qui a jugé la question en ce sens (*J. Av.*, t. 36, p. 79; *J. P.*, 3e éd., t. 21, p. 718).]]

[[**2549** bis. *Un créancier hypothécaire dont le droit repose sur des immeubles autres que ceux qui ont été judiciairement vendus, ou un créancier purement chirographaire, peuvent-ils provoquer l'ouverture de l'ordre?*

La Cour de Besançon, par arrêt du 16 juillet 1808 (*J. Av.*, t. 17, p. 138), a décidé que le créancier hypothécaire, même non inscrit sur l'immeuble vendu, avait qualité suffisante, son titre de créancier reposant sur un acte authentique, reconnu et non contesté. On ne peut invoquer contre lui l'art. 2209, Cod. civ., qui défend aux créanciers de provoquer la vente d'immeubles qui ne leur sont point hypothéqués, avant d'avoir discuté ceux qui le sont réellement, puisqu'il

ne s'agit point, dans ce cas, d'une expropriation tentée sur un immeuble du débiteur, mais seulement d'une demande faite pour participer au produit d'une créance appartenant à ce dernier. Les art. 2092 et 2093, Cod. civ., sont ici les seuls à consulter, en ce qu'ils déclarent que les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers quelconques, sauf la préférence qui est due aux privilèges et hypothèques. Nous adoptons la doctrine de cet arrêt.

Il paraîtrait devoir résulter de là qu'un créancier chirographaire est également en droit de provoquer l'ouverture de l'ordre sur le prix des biens de son débiteur. C'est donc à tort qu'une prétention pareille a été repoussée par la Cour de Grenoble, le 12 juillet 1833 (*J. P.*, 3e éd., t. 25, p. 678, et *Journ.* de cette Cour, t. 6, p. 556).]]

[[**2549** ter. *La poursuite d'un ordre serait-elle nulle par cela seul que l'inscription du créancier poursuivant serait entachée de nullité, ou qu'un tiers aurait été postérieurement subrogé à ses droits?*

MM. PERSIL, *Régime hypoth.*, t. 2, p. 426, § 6, et FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 55, en résolvant la question dans le sens de la négative, ne pensent pas qu'elle puisse faire l'objet d'un doute sérieux. Cette opinion nous paraît être la conséquence forcée de la solution donnée sur la question précédente. La nécessité d'un ordre une fois reconnue, aucun créancier n'a intérêt à en faire annuler la poursuite, si elle est régulière dans la forme; cette poursuite devient alors commune à tous, et il importe peu que la personne par qui elle a été introduite reste ou non dans l'ordre.

A plus forte raison cette décision doit-elle être suivie, comme l'a jugé la Cour de Paris, le 15 avril 1809 (*J. Av.*, t. 17, p. 153; *J. P.*, 3e éd., t. 7, p. 494), lorsque la poursuite aurait passé à un autre créancier par la voie de la subrogation.]]

[[**2549** quater. *L'acquéreur qui veut se libérer définitivement, peut-il consigner le prix de son adjudication?*

Cette question a été posée par M. CARRÉ, n° 2480 (*Quest.* 2411, t. 5, p. 656); il renvoie pour la solution à l'art. 750, sous lequel il devait la traiter; mais, par suite d'un oubli, sans doute, on ne trouve pas un seul mot, en cet endroit, qui y soit relatif. Plus loin, sur la *Quest.* 2612, il raisonne de manière à laisser voir qu'à son avis l'acquéreur est autorisé à consigner, mais il n'entre dans aucun détail, en sorte que nous devons suppléer en entier à son silence.

Contre l'adjudicataire, on a argumenté de l'art. 750, qui lui donne le droit de poursuivre l'ordre et de requérir la nomination d'un juge-commissaire, si les créanciers et le saisi ne se sont pas réglés entre eux; de ce qu'il aurait toujours, conséquemment, le moyen de se libérer. On s'est encore prévalu de l'art. 771 qui, dit-on, serait contraire à la faculté de consigner, puisqu'il veut que les bordereaux de collocation soient délivrés contre l'acquéreur personnellement.

A ce dernier argument, on répond que l'art. 771 ne peut pas être si judaïquement interprété; que cet article prévoit seulement le cas qui se présente le plus souvent, celui où l'adjudicataire ne s'est pas encore dessaisi du prix de son adjudication, et qu'il n'a statué que pour ce cas, laissant ainsi la question intacte, et ne dérogeant, en aucune manière, pour l'hypothèse qui se présente, au droit commun qui doit seul être consulté.

Quant au premier argument, M. PIGEAU, part. 5, tit. 4, chap. 1er, § 3, n° 2, répond que le droit de poursuivre l'ordre, accordé à l'adjudicataire par l'art. 750, n'est qu'une pure faculté.

M. PERSIL fils, *Comm. de la loi du* 2 *juin* 1841, ajoute que l'art. 2186, Cod.

civ., attribuant ce même droit à l'acquéreur volontaire, il n'y a pas de raison pour le refuser à l'adjudicataire; il ne doit pas y avoir de différence entre eux, à moins qu'une clause du cahier des charges n'ait imposé à ce dernier l'obligation expresse de garder le prix entre ses mains. Un arrêt de la Cour de Riom du 19 janvier 1820 (*J. Av.*, t. 17, p. 353; *J. P.*, 3ᵉ éd., t. 15, p. 715), lui accorde aussi cette faculté, afin qu'il ne garde pas en ses mains des deniers oisifs, dont néanmoins les intérêts seraient sujets à courir au profit des créanciers; il est juste d'ailleurs qu'elle lui appartienne, ne fût-ce qu'à titre de réciprocité, puisque les créanciers et le débiteur ont eux-mêmes le droit, en cas de soupçon d'insolvabilité de l'adjudicataire, de demander contre lui cette consignation.

M. PERSIL père, qui partage ce sentiment (*Quest. hyp.*, t. 2, p. 388), argumente encore de la disposition de l'art. 687, Cod. proc. civ., qui permet à celui qui a acquis l'immeuble depuis la saisie de consigner somme suffisante pour acquitter, en principal, intérêts et frais, les créances inscrites. Or, dit-il, si cet acquéreur, que la loi voit ordinairement d'un mauvais œil, jouit de cette faculté, pourquoi un adjudicataire légitime ne pourrait-il pas l'invoquer?

Cet argument seul ne serait pas décisif, parce que l'art. 687 a imposé des obligations spéciales à cet acquéreur consignataire; mais restent toujours les arguments sur lesquels s'appuient les auteurs et les arrêts précités, arguments qui nous paraissent puissants et que nous admettons. Nous autoriserions donc l'adjudicataire, qui est pressé de se libérer définitivement, à consigner le prix de son adjudication, à charge par lui, toutefois, de faire signifier aux créanciers inscrits et au saisissant l'acte de consignation (arg. de l'art. 687 précité). Il ne serait pas besoin, du reste, de faire précéder la consignation d'offres réelles au vendeur et aux créanciers, non plus que d'observer les autres formalités indiquées par les art. 1257 et suiv. du Code civil; Paris, 15 janvier 1824 (*J. Av.*, t. 26, p. 15; *J. P.*, t. 18, p. 346).

Nous approuvons également un arrêt de la Cour d'Orléans, du 13 août 1840 (*J. Av.*, t. 60, p. 46), qui a décidé que les frais de la consignation doivent être prélevés par l'acquéreur, comme privilégiés.]]

ART. 751. Il sera tenu au greffe, à cet effet, un registre des adjudications, sur lequel le requérant l'ordre fera son réquisitoire, à la suite duquel le président du tribunal nommera un juge-commissaire.

Tarif, 130 et 131. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 233, nᵒˢ 5 à 9.] — Loi du 11 brum. an VII, art. 31. — Cod. proc. civ., art. 658. — [Notre Dict. gén. de proc., vᵒ *Ordre*, nᵒ 90. — Locré, t. 22, p. 475, nᵒ 93.

QUESTION TRAITÉE : Lorsque des créanciers se trouvent en concurrence, le saisissant n'ayant pas fait la réquisition dans le délai de huitaine, quel est celui qui doit l'emporter? *Q.* 2550.]

DIX. La disposition de l'art. 751 a fait cesser toute difficulté sur le point de savoir à quel avoué appartenait la poursuite. Le registre qu'elle prescrit est le juge qui règle la préférence, à moins que plusieurs parties ne se présentent à la fois, auquel cas elle est fixée comme il sera dit sur la question suivante.

2550. *Lorsque des créanciers se trouvent en concurrence, le saisissant n'ayant pas fait la réquisition dans le délai de huitaine, quel est celui qui doit l'emporter?*

Le président, auquel il appartient de décider à cet égard (*V.* Tarif, art. 95), agirait avec justice en accordant la préférence au privilégié sur l'hypothécaire, à l'hypothécaire plus ancien sur celui qui le serait le moins, à l'hypothécaire sur celui qui n'aurait pas cette qualité, et enfin, parmi les chirographaires, à celui

qui a titre authentique sur celui qui n'aurait qu'un titre privé. (*Voy.* Pigeau, t. 2, p. 247, et Demiau-Crouzilhac, p. 464.)

[[Nous approuvons, dans son entier, cette marche, qui est également celle qu'indiquent MM. Favard de Langlade, t. 4, p. 54, et Berriat Saint-Prix, p. 611, not. 5. Du reste, la décision du président ne sera susceptible ni d'opposition ni d'appel, suivant la juste observation de M. Thomine Desmazures, t. 2, p. 310. (*Voy.* t. 1er, p. 464, notre *Quest.* 378.)]]

Art. 752. Le poursuivant prendra l'ordonnance du juge commis, qui ouvrira le procès-verbal d'ordre, auquel sera annexé un extrait, délivré par le conservateur, de toutes les inscriptions existantes.

Tarif. 151. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 234, nos 10 à 15.] — Loi du 11 brum. an VII, art. 31. — Cod. proc. civ., art. 659. — [Notre Dict. gén. de proc., vo *Ordre*, nos 14, 15, 58, 90. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 130 à 134. — Locré, t. 22, p. 475, no 93.

Questions traitées : En quoi consiste l'ouverture de l'ordre? *Q.* 2551. — Les créanciers inscrits sont-ils dispensés de renouveler leurs inscriptions après l'ouverture du procès-verbal d'ordre? *Q.* 2551 *bis*. — Qu'est-ce que la loi a entendu prescrire, en exigeant que l'extrait à délivrer par le conservateur contienne toutes les inscriptions existantes? *Q.* 2552. — Le créancier dont l'inscription a été omise dans l'extrait délivré par le conservateur des hypothèques serait-il fondé à demander la nullité de l'ordre? *Q.* 2552 *bis*.]

2551. *En quoi consiste l'ouverture de l'ordre?*

Elle consiste dans l'ouverture d'un procès-verbal où le juge-commissaire constate la présentation de la requête prescrite par l'art. 751, la délivrance et l'annexe de l'extrait des inscriptions qui a été délivré par le conservateur et qui a dû être joint à la requête.

[[L'ouverture d'un procès-verbal n'est nullement nécessaire pour que l'ordre soit lui-même censé ouvert. La Cour de cassation, le 30 nov. 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 163, et *J. P.*, 3e éd., t. 22, p. 1561), a décidé qu'il suffisait que le poursuivant eût sommé les créanciers de produire leurs titres et qu'il eût lui-même produit les siens, sans qu'on pût lui imputer l'inexactitude du juge-commissaire, qui n'aurait dressé de procès-verbal qu'à une époque beaucoup plus reculée.

La même Cour a été encore bien plus loin, puisque, par arrêt du 4 juill. 1838 (*J. Av.*, t. 57, p. 684), elle a statué que l'ordre est réputé ouvert dès que la requête à fin de nomination du juge-commissaire a été présentée. Il résulte de là que c'est le premier acte de la procédure d'ordre qui en constitue l'ouverture.]]

[[**2551** bis. *Les créanciers inscrits sont-ils dispensés de renouveler leurs inscriptions après l'ouverture du procès-verbal d'ordre?*

Pour décider l'affirmative, on dit que le renouvellement d'une inscription n'est plus nécessaire, dès que cette inscription a produit son effet légal avant l'expiration de dix ans; que l'effet légal de l'hypothèque inscrite est de suivre l'immeuble sorti des mains du débiteur et de donner une action sur le prix; que le premier effet est produit par l'adjudication de l'immeuble, que le second effet est atteint par l'ouverture et la signification du procès-verbal d'ordre au créancier hypothécaire qui n'a pu être appelé qu'en vertu de cette inscription, et qu'il est alors inutile qu'il la renouvelle : le fait de son existence se trouvant ainsi constaté, sauf discussion de la part des autres créanciers du rang d'hypothèque et de la validité de l'inscription, comme de celle de la créance. La jurisprudence est fixée en ce sens par arrêts de Caen, du 6 avril 1824; Bruxelles, 24 mars 1825; Amiens, 21 fév. 1826 (*J. Av.*, t. 37, p. 219, et *J. P.*, 3e édit., t. 18, p. 603, t. 19, p. 351, et t. 20, p. 198); Besançon, 21 déc. 1826, *Journ.*

de Besançon, 1826, p. 166); Angers, 4 janv. 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 40), et de Cass., 18 avril 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 684). Consulter MM. MERLIN, *Répert.*, v° *Inscript. hypoth.*, § 8 *bis*, n° 5; TROPLONG, *Comment. des Hypoth.*, t. 3, n° 723 et suiv., et SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, *Introduction*, n° 89, où se trouvent les développements des opinions émises sur cette question par les auteurs. *Voy.* aussi notre *Quest.* 2327, t. 5, p. 532.]]

2552. *Qu'est-ce que la loi a entendu prescrire, en exigeant que l'extrait à délivrer par le conservateur contienne toutes les inscriptions* EXISTANTES?

Suivant M. TARRIBLE, p. 679, ce mot *existantes* se rapporterait au moment de l'ouverture actuelle du procès-verbal, et comme des inscriptions, qui n'existaient pas au moment de la dénonciation de la saisie, peuvent avoir été faites dans l'intervalle de cette dénonciation à l'adjudication définitive, ce savant jurisconsulte estime que le poursuivant doit s'assurer, après l'adjudication, que les inscriptions sont dans le même état où elles étaient à l'époque de la dénonciation de la saisie, afin, dans le cas contraire, de prendre un nouvel extrait.

Telle était aussi l'opinion que manifestait la Cour de Turin, dans ses observations sur le projet; car elle supposait, comme M. Tarrible, que l'on pouvait prendre inscription jusqu'à l'adjudication définitive.

Mais, à l'occasion de cette observation, les auteurs du *Praticien*, t. 4, p. 460, aux notes, élèvent des doutes sur le point de savoir si l'on peut ainsi inscrire jusqu'à l'adjudication définitive, et surtout si l'on doit faire la sommation prescrite par l'art. 753 à tous ceux qui sont inscrits, à quelque époque que ce fût. « L'art. 677, disent-ils, en exigeant que la saisie soit transcrite, semble dispenser de cette formalité. Il paraît qu'il a pour objet d'arrêter là le nombre des créanciers, et que c'est à ceux-là seulement qui sont inscrits alors que s'applique l'art. 695, sauf à ceux qui sont venus après à exercer leurs droits vis-à-vis de leur débiteur ou sur le prix, s'il n'a point été épuisé. » Ainsi, d'après les auteurs que nous citons, le conservateur n'aurait qu'à mentionner les inscriptions existantes au moment de la transcription.

Nous considérons la notification à faire, d'après l'art. 695, comme n'ayant aucun rapport avec le certificat à délivrer pour la confection de l'ordre. Il nous paraît évident que l'on peut prendre inscription dans l'intervalle de la transcription de la saisie à l'adjudication définitive, et que conséquemment tout créancier inscrit au moment de cette adjudication doit être appelé au règlement d'ordre, qui est l'objet d'une instance particulière. Aucune disposition de la loi ne contrarie cette opinion, et cela nous paraît suffire pour qu'on la suive.

Nous croyons, au surplus, que le poursuivant doit avoir la précaution de se conduire d'après le sentiment de M. Tarrible, et de ne pas se rendre juge du mérite des inscriptions qui seraient faites depuis la transcription.

[[Cette solution doit être suivie; elle est, du reste, conforme à la doctrine de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 422; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 311; DALLOZ, t. 10, p. 811, n° 4. La Cour de cassation a décidé, le 2 juin 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 492), que l'extrait des inscriptions dont parle l'art. 752, doit être pris par le poursuivant, le jour même où il requiert du juge-commis l'ordonnance en vertu de laquelle les créanciers sont sommés de produire.]]

[[**2552** bis. *Le créancier dont l'inscription a été omise dans l'extrait délivré par le conservateur des hypothèques serait-il fondé à demander la nullité de l'ordre?*

Il n'est pas douteux que ce créancier n'ait une action, soit contre le conservateur, soit contre le poursuivant, si son omission provenait de leur faute.

Mais l'existence de cette action n'exclurait pas le concours de l'autre ; la distribution du prix d'un immeuble n'est obligatoire entre les créanciers hypothécaires qu'autant qu'ils y ont tous été appelés ; le travail fait à l'insu de l'un d'eux qui, ayant droit d'être colloqué utilement, aurait été omis, ne doit pas lui préjudicier. Ce dernier serait donc en droit de forcer le créancier qui, à son défaut, a pris ce qui lui revenait, à rétablir les deniers indûment perçus sauf à ce créancier, qui ne doit pas être privé de sa créance tant qu'il reste des deniers pour la remplir, à agir contre celui qui le suit. C'est seulement par un ordre régulier que ces erreurs peuvent être réparées, mais les frais et le préjudice communs doivent nécessairement retomber à la charge de celui qui a été la cause de l'erreur. Cette doctrine est enseignée par M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 421, qui fait remarquer avec raison que la nullité de l'ordre ne doit pas, dans tous les cas, être prononcée. En effet, l'intérêt étant la base des actions, s'il reste démontré que le créancier omis n'aurait pas obtenu un rang utile dans l'ordre, ce créancier est déclaré non recevable dans sa demande en nullité des opérations faites en son absence. Pareillement, si l'ayant droit omis, au lieu de demander la nullité de l'ordre, avait exercé une action en restitution contre les créanciers utilement colloqués, le juge ne devrait pas prononcer une annulation qui ne lui serait pas demandée. La Cour de Colmar, 9 août 1814 (*J. Av.*, t. 17, p. 269, et *J. P.*, t. 12, p. 355), a décidé qu'en ce cas, pour éviter un circuit d'actions aussi long qu'inutile, la demande devait être dirigée contre les derniers créanciers utilement colloqués.]]

ART. 753. En vertu de l'ordonnance du commissaire, les créanciers seront sommés de produire, par acte signifié aux domiciles élus par leurs inscriptions, ou à celui de leurs avoués, s'il y en a de constitués.

Tarif, 29 et 132. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 235, n°s 16 à 19.]—Cod. de proc., art. 659. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Ordre*, n°s 22 *bis* à 29, 36, 62 à 72. 200. — Devilleneuve, *eod. verb.*, n°s 18 à 47. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n°s 145 à 168. — Locré, t. 22, p. 475, n° 93.

QUESTIONS TRAITÉES : Le juge-commissaire doit-il commettre un huissier pour faire aux créanciers la sommation prescrite par l'art. 753 ? *Q.* 2552 *ter.* — En quel cas y a-t-il lieu de sommer de produire par acte signifié au domicile d'un avoué ? *Q.* 2553. — La sommation de produire est-elle soumise aux formes ordinaires des ajournements ? *Q.* 2553 *bis.* — La sommation de produire doit-elle, dans tous les cas, être signifiée aux domiciles élus dans les inscriptions ? *Q.* 2553 *ter.* — Est-il nécessaire, à peine de nullité, que la sommation de produire, faite aux créanciers, contienne la signification de l'ordonnance du juge-commissaire ? *Q.* 2553 *quater.* — Doit-on signifier aux créanciers chirographaires opposant l'ordonnance du juge commissaire avec sommation de produire ? *Q.* 2553 *quinquies.* — Où doit être faite la sommation aux créanciers chirographaires qui se seraient rendus opposants entre les mains de l'adjudicataire ? *Q.* 2554. — Si l'acquéreur d'un bien, situé dans plusieurs arrondissements, n'avait fait transcrire son contrat que dans un seul, le poursuivant devrait-il appeler à l'ordre les créanciers inscrits dans l'arrondissement où la transcription n'aurait pas été faite ? *Q.* 2554 *bis.* — Doit-on, dans le cas de l'art. 753, faire au vendeur ou au saisi la sommation prescrite par l'art. 659 ? *Q.* 2555.]

[[**2552** ter. *Le juge-commissaire doit-il commettre un huissier pour faire aux créanciers la sommation de produire, prescrite par l'art.* 753 ?

Non, car cet article ne le prescrivant point, on ne pourrait, sans suppléer une nullité que la loi n'a pas prononcée, critiquer la sommation qui a été faite au créancier par un huissier employé à la requête du poursuivant l'ordre. Si ce principe, consacré par l'art. 1030, Cod. proc. civ., n'était pas lui-même aussi certain, nous argumenterions de cette considération sans réplique que toutes les fois que le législateur a voulu qu'un huissier fût commis à une signification quelconque, il s'en est expliqué formellement. Or, puisqu'il a gardé ici le silence, i

faut en conclure qu'il a voulu qu'on restât dans les termes du droit commun, qui est pour le libre choix de l'huissier.]]

2553. *En quel cas y a-t-il lieu de sommer de produire par acte signifié au domicile d'un avoué?*

C'est lorsque des créanciers ont constitué avoué sur la poursuite en expropriation. C'est une conséquence de ce que l'ordre est une exécution de l'adjudication. Or, l'art. 1038 déclare constitué de droit, pour occuper sur l'exécution d'un jugement définitif, l'avoué qui occupait dans l'instance que ce jugement a terminée; et par suite, il est naturel que les créanciers qui ont été parties au jugement d'adjudication puissent être sommés au domicile de leur avoué. (Voy. *Quest.* de LEPAGE, p. 508; PIGEAU, t. 2, p. 248, et THOMINE DESMAZURES, p. 280.)

Nous dirons, au reste, avec M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 464, que le poursuivant a le choix de signifier la sommation au domicile élu dans l'inscription, ou, comme nous venons de le dire, aux avoués qui auraient été constitués sur la saisie ou sur la vente faite par surenchère. C'est une alternative de pure faculté, au moyen de laquelle on ne pourrait arguer de nullité une signification faite à l'un ou à l'autre domicile.

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 423, dern. alinéa, est bien d'avis aussi qu'il n'y a pas de nullité : mais il pense toutefois que l'art. 753 n'est point facultatif; le but de la loi est d'éviter des frais; par conséquent, lorsqu'il y a avoué constitué, c'est à lui que la sommation doit être faite. Dans le cas contraire, les frais de sommation à domicile doivent être rejetés de la taxe, au moins pour ce qui excède le coût des sommations à avoué. (*Voy.* aussi MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 612, not. 8, *in fine*, et DALLOZ, t. 10, p. 817, n° 3.)]]

[[**2553** bis. *La sommation de produire est-elle soumise aux formes ordinaires en matière d'ajournement?*

La négative doit être tenue pour certaine; la loi, en traçant pour la procédure d'ordre des règles spéciales, a eu surtout en vue d'en abréger l'instruction et d'en diminuer autant que possible les frais. Ce n'est donc pas le cas, en cette matière, de raisonner par analogie et d'appliquer les dispositions générales de la loi; d'où il faut conclure :

Avec la Cour de Grenoble, 6 août 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 265, et *J. P.*, 3e éd., t. 17, p. 557), que le même avoué peut représenter plusieurs parties, bien qu'elles aient des intérêts opposés. Il ne saurait d'ailleurs en être autrement dans une matière où le nombre des parties excède souvent celui des avoués qui occupent devant la plupart des tribunaux.

Avec la Cour de Montpellier, 4 déc. 1832 (*J. Av.*, t. 45, p. 471, et *J. P.*, 3e éd., t. 24, p. 164), que la sommation faite par des cohéritiers, qui ont pris inscription en commun pour une créance indivise, à d'autres cohéritiers qui ont aussi en commun élu domicile chez un avoué, est valable et remplit les conditions prescrites par l'art. 753, bien que ces derniers n'y soient pas individuellement dénommés. Il suffit en effet qu'ils soient clairement désignés et que d'ailleurs la sommation ait été régulièrement faite au domicile indiqué par la loi. (*Voy.* le développement de notre opinion, t. 1er, p. 316, *Quest.* 282.)

Que si l'on allègue que le créancier a changé de domicile ou perdu la qualité en vertu de laquelle il avait pris inscription, ce n'est pas encore une raison pour annuler de plein droit la sommation de produire : mais il faut se demander si, dans le bordereau d'inscription, il avait été tenu compte de ce changement. En cas d'affirmative, c'est évidemment au nouveau domicile indiqué que la sommation doit être faite, comme l'ont décidé les Cours de Rennes, les 25 mai

1822 (*J. Av.*, t. 29, p. 31), et 24 juin 1823, et de Cass., les 21 déc. 1824 (*J. Av.*, t. 29, p. 31, et *J. P.*, 3e édit., t. 18, p. 1213), et 2 juin 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 492, et *J. P.*, 3e édit., t. 23, p. 1646); mais dans le cas contraire, il est certain que l'on ne peut imputer au poursuivant une négligence qui est le fait du créancier seul et qu'il lui était si facile d'éviter. D'ailleurs le but que se propose la loi serait manqué, si l'on obligeait la partie qui suit l'ordre à s'informer de tous les changements qui ont pu survenir dans la situation et dans les droits de toutes les autres parties. La question a été résolue en ce sens, bien que dans des espèces diverses, par les Cours de Bruxelles, 6 fév. 1810 (*J. Av.*, t. 17, p. 194, et *J. P.*, 3e édit., t. 8, p. 85); de Colmar, 13 mars 1817 (*J. Av.*, t. 17, p. 321), et de Paris, 15 mars 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 422).]]

[[**2553** ter. ***La sommation de produire doit-elle, dans tous les cas, être signifiée aux domiciles élus dans les inscriptions?***

Des motifs de convenance, des raisons plus ou moins spécieuses ne peuvent prévaloir contre le texte si positif de l'art. 753. C'est pour ne pas entraver la marche de la procédure que le Code a permis d'assigner les créanciers à ce domicile élu, et rien ne doit contrarier ce but. Toutefois une distinction est indispensable, à raison de la qualité de celui qui a fait cette élection.

Est-ce le conservateur des hypothèques qui, en prenant inscription d'office pour une partie, dans les cas où il y est autorisé par la loi civile, a en même temps élu domicile pour cette partie? Ce n'est pas en ce lieu, mais à son domicile réel que celle-ci devra être assignée, d'après ce principe qu'elle ne doit pas être tenue en vertu d'une élection qu'elle ignore peut-être, et qui, dans tous les cas excédait le droit du conservateur, comme l'a jugé avec raison la Cour de Paris, le 31 mai 1813 (*J. Av.*, t. 17, p. 240, et *J. P.*, 3e éd., t. 11, p. 431).

Mais si c'est le créancier lui-même qui a élu un domicile dans le bordereau de l'inscription qu'il a prise, c'est à ce domicile qu'il faut l'assigner et nulle considération ne peut prévaloir contre cette règle. Nous approuvons un arrêt de Lyon, qui, le 1er fév. 1823 (*J. Av.*, t. 17, p. 383, et *J. P.*, 3e éd., t. 17, p. 858), a validé une sommation de produire faite par le poursuivant à son propre domicile à d'autres créanciers qui y avaient fait élection. Il importerait peu d'ailleurs que ceux-ci eussent des intérêts opposés au sien, et cette circonstance n'est d'aucun poids, ainsi que nous l'avons remarqué sous la question précédente.]]

[[**2553** quater. ***Est-il nécessaire, à peine de nullité, que la sommation de produire, faite aux créanciers, contienne la signification de l'ordonnance du juge-commissaire?***

La négative de cette question ne présente pas de difficulté. En effet, aucune nullité ne peut être prononcée par induction, et en argumentant d'une disposition à une autre; il faut qu'elle soit formellement prononcée par la loi (art. 1030, Cod. proc. civ.); or, l'art. 753, qui ordonne de sommer les créanciers, en vertu de l'ordonnance du juge-commissaire, ne dit pas que cette ordonnance sera signifiée, et moins encore à peine de nullité; cette omission n'offre d'ailleurs aucun danger, puisque les créanciers, appelés à contredire le procès-verbal d'ordre, peuvent toujours s'assurer de l'existence de cet acte. Un arrêt de la Cour de Bruxelles du 6 fév. 1810 (*J. Av.*, t. 17, p. 194) a fait application de ces principes enseignés aussi par M. Berriat Saint-Prix, t. 2, p. 613.]]

[[**2553** quinquies. ***Doit-on signifier aux créanciers chirographaires opposants l'ordonnance du juge-commissaire, avec sommation de produire?***

Oui, selon M. Lepage, t. 2, p. 511, 6e *Quest.*, car si l'ordre concerne principalement les créanciers hypothécaires, il n'exclut pas les chirographaires.

Ces derniers devant être payés sur le restant du prix, après l'acquittement des dettes inscrites, ont intérêt par conséquent à discuter les titres que l'on prétend faire passer avant les leurs : de là naît la nécessité de leur faire la sommation comme aux créanciers inscrits.]]

2554. *Où doit être faite la sommation aux créanciers chirographaires qui se seraient rendus opposants entre les mains de l'adjudicataire?*

Au domicile élu dans le lieu où demeure l'adjudicataire, car l'opposition de ces créanciers est une véritable saisie-arrêt. (*V.* PIGEAU, p. 249.)

[[C'est aussi notre opinion.]]

[[**2554** bis. *Si l'acquéreur d'un bien, situé dans plusieurs arrondissements, n'avait fait transcrire son contrat que dans un seul, le poursuivant devrait-il appeler à l'ordre les créanciers inscrits dans l'arrondissement où la transcription n'aurait pas été faite?*

Le tribunal d'appel de Paris, par jugement du 26 frim. an VIII, s'était prononcé pour l'affirmative; mais sur le pourvoi qui fut dirigé contre cette décision il intervint, le 11 fruct. an XII (*J. Av.*, t. 17, p. 113, et *J. P.*, 3e édit., t. 4, p. 173), un arrêt de Cassation, rendu il est vrai sous l'empire de la loi de brum. an VII, mais dont les principes sont encore aujourd'hui applicables; en effet, le poursuivant n'ayant agi que d'après la notification de la transcription du contrat, n'est pas obligé de savoir que des inscriptions ont été prises sur d'autres biens, ce qui d'ailleurs demeure indifférent au réglement dont il s'occupe; et si une transcription postérieure, faite en d'autres bureaux, donne à de nouveaux créanciers des droits sur le prix du contrat, il y a lieu à une ventilation, mais non à l'annulation de l'ordre qui fixe le rang des seuls créanciers inscrits dans l'arrondissement où la première transcription avait eu lieu.]]

2555. *Doit-on, dans le cas de l'art.* 753, *faire au vendeur ou au saisi la sommation prescrite par l'art.* 659?

L'art. 753 ne parle que d'une sommation à faire aux créanciers, et n'en exige aucune à faire au saisi : cette remarque paraît suffire pour la solution négative de la question ; cependant on pourrait argumenter, par analogie, de la disposition de l'art. 659, relative à la distribution, mais cette prétention nous paraîtrait absolument contraire à la loi, qui, dans l'instance d'ordre pour laquelle elle établit des formes spéciales, ne prescrit que le dénoncé aux créanciers de prendre communication du procès-verbal, sans exiger même la sommation de contredire, parce que ce dénoncé l'emporte nécessairement. (*V.* art. 755.) Tel est aussi le sentiment des auteurs des Annales. (V. *Comm.*, t. 5, p. 312.)

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 423, appuie encore cette décision sur ce que le propriétaire, dépossédé par une saisie immobilière, est partie réputée contradictoire dans le jugement d'expropriation; il est donc averti par la grande publicité de la saisie immobilière, et par le fait même de sa dépossession, de veiller à ses droits dans l'ordre qui doit en être la suite. D'un autre côté, ajoute M. Pigeau, l'opération d'un ordre consiste principalement dans le classement des titres par rang d'hypothèque : cette vérification de rang ne peut se faire utilement qu'après la réunion de toutes les productions et le travail préparatoire du juge-commissaire; il est donc inutile de faire intervenir la partie saisie dans des opérations antérieures à ce travail préparatoire.]]

ART. 754. Dans le mois de cette sommation, chaque créancier

sera tenu de produire ses titres avec acte de produit, signé de son avoué, et contenant demande en collocation. Le commissaire fera mention de la remise sur son procès-verbal.

Tarif, 123.— [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 236, nos 20 à 26.] — Loi du 11 brum. an VII, art. 32. — Cod. proc. civ., art. 669 et 757. — [Notre Dict. gén. de proc., vo *Ordre*, nos 73 à 80, 83, 87, 118, 141, 195, 435 à 437, 447 à 452. — Arm Dalloz, *cod. verb.*, nos 168 à 179. — Locré, t. 22, p. 785.

Questions traitées : Le créancier qui a une hypothèque légale peut-il, sans avoir pris inscription, se présenter à l'ordre, tant que le prix n'a pas été distribué? *Q.* 2555 *bis.* — Le créancier d'une rente viagère, ayant hypothèque sur plusieurs immeubles, peut il, lorsqu'il a obtenu sur l'un d'eux la collocation d'une somme suffisante pour assurer le service de sa rente, exiger une nouvelle collocation de la même somme sur chacun des immeubles affectés à sa créance? *Q.* 2555 *ter.* — Un créancier qui a hypothèque générale peut il demander à faire porter la collocation sur le prix d'un immeuble affecté à des hypothèques spéciales, lorsqu'il a été déjà utilement colloqué sur le prix d'un autre immeuble? *Quid* s'il a été colloqué utilement pour le capital, mais non pour les intérêts de sa créance? *Q.* 2555 *quater.* — Le délai d'un mois, accordé pour produire par l'art. 754, doit il être augmenté à raison des distances? *Q.* 2556. — Le délai fixé par l'art. 754 pour produire à l'ordre emporte-t-il déchéance, et les créanciers pourraient-ils faire leur production après ce délai? *Q.* 2556 *bis.* — L'administration de l'enregistrement peut-elle intervenir dans un ordre sans le ministère d'un avoué? *Q.* 2556 *ter.* — La production et l'acte de produit doivent-ils être signifiés? *Q* 2557. — Les formalités prescrites pour la régularité des actes de produit le sont-elles à peine de nullité? *Q.* 2557 *bis.* — Quels sont les principaux effets de la production et de la demande en collocation, autres que ceux qui résultent de la disposition de l'art. 754? *Q.* 2557 *ter.* — La demande en collocation d'un créancier emporte-t-elle de sa part renonciation à demander la ventilation pour distribution proportionnelle des prix entre divers immeubles affectés à sa créance? En termes généraux : quand et par qui cette opération doit-elle être ordonnée? Qui peut en opposer le défaut? *Q.* 2557 *quat.* (1).]

[[**2555** bis. *Le créancier qui a une hypothèque légale peut-il, sans avoir pris inscription, se présenter à l'ordre, tant que le prix n'a pas été distribué?*

L'affirmative résulte des termes de l'art. 2135, Cod. civ., qui dispense les femmes et les mineurs de prendre inscription pour conserver leurs droits à l'encontre des autres créanciers hypothécaires de leurs maris ou tuteurs; et par conséquent pour prendre dans la distribution du prix, à la suite de vente volontaire ou forcée, le rang qui est assuré par les dispositions de cet article. La jurisprudence est fixée en ce sens par les arrêts de Bruxelles, 26 mai 1813; Caen, 22 juin 1816 et 5 mai 1823; Metz, 16 juillet 1823 (*J. Av.*, t. 17, p. 245, 311, 367, et t. 25, p. 150, et *J. P.*, 3e édit., t. 11, p. 417; t. 13, p. 500; t. 17, p. 1087, et t. 18, p. 41); de Grenoble, 4 fév. 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 118); Montpellier, 19 mai 1824, et Lyon, 28 janv. 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 15 et 159). *Voy.* aussi l'arrêt de la Cour de cassation du 24 juillet 1821 (*J. P.*, 3e édit., t. 16, p. 799), fondé sur cette considération que la femme qui se présente ainsi dans l'ordre judicaire, ouvert sur le prix des biens de son mari, constate ses droits aussi légalement que celle qui s'inscrit après une vente volontaire, lorsque l'acquéreur, voulant purger, a rempli, pour instruire la femme de l'acquisition par lui

---

(1) **Jurisprudence.**

[Nous pensons que :

1° Un jugement par défaut contre lequel il y a opposition ne peut, aussi longtemps qu'il n'a point été statué sur l'opposition, servir de titre à l'effet d'être colloqué dans un ordre : Bruxelles, 26 mai 1827 (*Journ. de cette Cour*, t. 2 de 1827, p. 93);

2° Lorsque les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent restent inactifs, le ministère public peut provoquer la nomination d'un curateur spécial à l'effet de produire pour lui dans un ordre, et de faire tous les actes nécessaires pour la conservation de sa créance : Colmar, 14 juill. 1837 (*J. Av.*, t. 60, p. 220);

3° La régie de l'enregistrement à qui il est dû des droits de mutation, à raison de décès, doit, sous peine de déchéance en ce qui concerne l'acquéreur des biens, demander à être comprise dans l'ordre : Cassat., 15 avril 1807 (*J. P.*, 3e éd., t. 6, p. 27), et 9 mars 1808 (*J. Av.*, t. 17, p. 132).]

faite, toutes les formalités prescrites par l'art. 2194, Cod. civ. Il existe toutefois un arrêt contraire de la Cour de Metz, du 5 fév. 1823 (*J. Av.*, t. 35, p. 295); mais la Cour de cassation a persisté dans sa jurisprudence, le 7 mai 1834 (*J. Av.*, t. 48, p. 179); elle a jugé que le cessionnaire de la femme qui n'a pas fait inscrire son hypothèque légale dans le délai pour purger peut néanmoins être colloqué sur le prix des immeubles hypothéqués, tant qu'il n'a pas été distribué. On peut aussi invoquer les motifs sur lesquels la Cour de cassation s'est fondée, dans son arrêt rendu en audience solennelle le 22 juin 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 568.)]]

[[**2555** ter. *Le créancier d'une rente viagère, ayant hypothèque sur plusieurs immeubles, peut-il, lorsqu'il a obtenu sur l'un d'eux la collocation d'une somme suffisante pour assurer le service de sa rente, exiger une nouvelle collocation de la même somme sur chacun des immeubles affectés à sa créance?*

Sous l'ancienne législation, l'usage général et invariable des tribunaux était de ne colloquer, en ce cas, le créancier de la rente viagère que pour une somme jugée suffisante, et dans un seul ordre, encore qu'il eût une hypothèque générale et spéciale sur chacun des immeubles vendus; ou bien de laisser aux créanciers postérieurs la faculté de servir les arrérages de cette rente jusqu'au décès du rentier. Cet usage, conforme aux principes de la raison et de l'équité, n'a rien de contraire aux dispositions de notre législation. Bien que les conventions fassent la loi des parties, et que les hypothèques conventionnelles ne puissent être réduites, aux termes de l'art. 2161, Cod. civ., nous croyons néanmoins que la question doit encore aujourd'hui être résolue de la même manière; 1° parce que le rentier viager qui a obtenu la collocation d'une somme suffisante ne doit plus pouvoir nuire aux créanciers postérieurs; 2° parce que le principe d'après lequel les hypothèques conventionnelles ne peuvent être réduites n'est nullement violé lorsque le rentier viager exerce son action entière et sans réduction; 3° enfin, parce que, en admettant que le rentier soit intéressé à se procurer le plus de sûretés possible contre les accidents qui peuvent diminuer la valeur de son gage, il n'est pas pour cela autorisé à absorber le gage entier.

Ces principes ont été consacrés par arrêts de Paris des 20 avril 1814 (*J. Av.*, t. 17, p. 264), et 31 juill. 1813 (*J. Av.*, t. 17, p. 257, et *J. P.*, 3e éd., t. 12, p. 594). Ce dernier arrêt a décidé que le créancier d'une rente viagère, avec hypothèque générale sur les biens de son débiteur, ne pouvait après avoir été colloqué dans un ordre pour une partie de sa rente, se faire colloquer dans un ordre subséquent pour l'intégrité de cette même créance; mais seulement pour la portion qui n'avait pu l'être dans le premier.

Du reste il faut reconnaître que ce créancier est en droit de se faire colloquer sur le prix de l'immeuble pour un capital supérieur à celui porté dans son inscription, si l'augmentation de ce capital est jugée nécessaire pour assurer le service régulier de sa rente, c'est aussi ce qu'a décidé la Cour de Paris, les 10 mars et 30 mai 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 128, et t. 43, p. 545).]]

[[**2555** quater. *Un créancier qui a hypothèque générale peut-il demander à faire porter sa collocation sur le prix d'un immeuble affecté à des hypothèques spéciales, lorsqu'il a été déjà utilement colloqué sur le prix d'un autre immeuble?*

Quid *s'il a été colloqué utilement pour le capital, mais non pour les intérêts de sa créance?*

En ce qui concerne la première branche de la question, la prétention du

créancier à hypothèque générale serait inadmissible, si elle devait avoir pour effet de neutraliser l'hypothèque des créanciers spéciaux, en obtenant la préférence sur eux. Nous ne saurions donc approuver les principes posés dans un arrêt de la Cour de Paris du 31 août 1815 (*J. Av.*, t. 17, p. 299, et *J. P.*, 3e éd., t. 13, p. 63), et d'après lequel le créancier ayant hypothèque générale peut renoncer à la collocation ordonnée à son profit sur le prix de l'un des immeubles, pour exercer ses droits sur un autre immeuble également affecté à sa créance. En effet, il a obtenu tout ce qu'il pouvait désirer, la réalisation de son gage en tant qu'elle a été nécessaire pour lui assurer le remboursement de sa créance. Pourquoi donc demanderait-il à faire porter la collocation sur le prix d'un autre bien ? Il serait toujours à craindre qu'une telle demande ne cachât un projet de collusion et de fraude que les tribunaux ne peuvent sanctionner. Si ses intérêts éprouvent un préjudice réel, il aura à s'imputer d'avoir fait une production intempestive (*Voy.* l'arrêt de Paris du 28 août 1816, *J. Av.*, t. 17, p. 316). Rien, au moins dans le cas d'une hypothèque conventionnelle ne l'obligeait à produire dans un ordre plutôt que dans un autre. Nous savons bien qu'on a voulu soutenir le contraire; mais les prétentions soulevés à cet effet ont été repoussées par deux arrêts de Metz, 21 nov. 1811, et de Paris, 24 nov. 1814 (*J. Av.*, t. 17, p. 211). La Cour de Metz, notamment, a décidé qu'à défaut de production, dans ce cas, de la part du créancier qui a une hypothèque générale, les tribunaux ne peuvent ordonner mainlevée de son inscription, et le priver par là de ses droits sur les autres immeubles. Cet arrêt se justifie par ces considérations que le droit d'hypothèque, lorsqu'il porte sur plusieurs fonds, en vertu de la convention faite entre le créancier et le débiteur, peut être exercé, au choix du premier, sur tel immeuble plutôt que sur tel autre; c'est un droit purement facultatif, et dont l'exercice dépend de la volonté de celui au profit duquel il est constitué. Il n'appartient pas au débiteur de le contraindre à produire ses titres de créance, pour se faire colloquer, contre son gré, sur le prix de l'immeuble. L'art. 2161, Cod. civ., déclare implicitement que la réduction des inscriptions ou la radiation partielle, lorsqu'elles reposent sur plusieurs immeubles dont la valeur excède la sûreté des créances, ne s'applique pas aux hypothèques conventionnelles; d'où il faut conclure que jamais, ni la réduction de l'inscription d'une hypothèque de ce genre, ni la collocation de la dette ne peuvent être faites contre le gré du créancier, ni sur la demande du propriétaire, ni sur celle des créanciers postérieurs sur les autres immeubles, parce que ceux-ci ne peuvent pas avoir plus de droits que leur débiteur.

Ce que nous avons dit sur la distribution des deniers provenant de la vente de divers immeubles, dans un même ordre, doit être appliqué aussi aux cas où il s'agit de divers ordres ouverts soit devant le même, soit devant plusieurs tribunaux. Il est cependant un cas où le créancier, utilement colloqué dans un ordre, pourrait être admis à produire dans un autre, c'est lorsque sa première collocation est contestée et qu'il n'a pas encore été payé. S'il n'apparaissait alors aucun indice de fraude, les autres créanciers ne seraient fondés à demander ni le rejet de la production, ni le sursis au nouvel ordre jusqu'à la décision des difficultés élevées sur le premier. En effet, comme l'a reconnu la Cour de Bourges, le 7 juin 1810 (*J. Av.*, t. 17, p. 179), la collocation n'est pas un paiement. L'appel, l'insolvabilité de l'adjudicataire, la nécessité de revendre à la folle enchère peuvent anéantir l'ordre, ou au moins retarder la libération, et si une première collocation devait, quoique contestée, suspendre son droit dans des ordres subséquents le créancier, qui pouvait réclamer les premiers deniers se trouverait non-seulement privé de cet avantage, mais encore soumis aux éventualités d'une collocation future et incertaine.

Le créancier à hypothèque générale, la femme ou le mineur dont l'hypothèque est toujours générale, ont droit d'être colloqués pour les intérêts au même

rang que pour le capital; il est donc évident que la collocation sur le prix du premier immeuble serait insuffisante si elle ne couvrait pas les intérêts, et que ce créancier serait alors en droit de demander une seconde collocation sur le prix des autres immeubles. Notre opinion sur ce point est confirmée par des arrêts de Paris, 4 août 1810 (*J. Av.*, t. 17, p. 182), et de Bourges, 25 mai 1829 (*J. P.*, 3ᵉ édit., t. 22, p. 1052); toutefois, si les intérêts étaient dus au taux commercial, ils ne devraient être colloqués, dans l'ordre, qu'au taux fixé par la loi civile, à partir du jour de la vente dont le prix est en distribution. C'est ce qu'a décidé la Cour de Grenoble, le 11 déc. 1832 (*Journ.* de cette Cour, t. 6, p. 559, et *J. P.*, 3ᵉ éd., t. 24, p. 1643).]]

2556. *Le délai d'un mois, accordé pour produire par l'art.* 754, *doit-il être augmenté à raison des distances?*

Il ne peut l'être à l'égard des créanciers qui ont avoué, puisque la sommation de produire leur est faite d'avoué à avoué. A l'égard de ceux qui n'en ont pas, le domicile d'élection nous paraît tenir lieu du domicile réel (V. *Quest.* 326), et conséquemment n'admettre d'autre augmentation de délai que celle que nécessiterait la distance de ce domicile élu au lieu où siége le tribunal au greffe duquel la production doit être faite.

Cette question n'est pas d'une grande importance, comme le fait observer M. LEPAGE, p. 509; car, pour l'ordinaire, il n'y a guère que les créanciers inscrits qui soient parties au réglement d'ordre, et comme la sommation leur est faite au domicile qu'ils ont élu par leur inscription dans l'arrondissement du bureau des hypothèques où l'inscription est prise (*V.* Cod. civ., art. 2148), comme ce bureau est nécessairement celui de la situation des biens, et que, d'un autre côté l'ordre se poursuit devant le tribunal de ce même lieu, il arrivera rarement qu'il y ait nécessité d'augmenter le délai. Cela arrivât il, l'augmentation serait si peu considérable, qu'elle ne pourrait retarder la marche de la procédure; en sorte qu'il n'existe aucun inconvénient à se conformer ici aux dispositions de l'art. 1033. (*V. Quest.* 2562.)

[[Nous partageons l'avis de M. Carré.]]

[[**2556** bis. *Le délai fixé par l'art.* 754, *pour produire à l'ordre, emporte-t-il déchéance, et les créanciers pourraient-ils faire leur production après ce délai?*

Sous l'empire de la loi du 11 brum. an VII, la Cour de Paris a décidé les 23 mess., et 13 fruct. an XIII (*J. Av.*, t. 17, p. 112, et *J. P.*, t. 4, p. 94 et 747), qu'avant la clôture de l'ordre, la déchéance n'était pas encourue par les créanciers qui n'avaient pas produit dans le délai déterminé, et la même décision doit encore aujourd'hui être adoptée, comme l'ont fait les Cours de Rouen, 13 août 1813 et 30 déc. 1814 (*J. Av.*, t. 17, p. 259 et 276), et de Limoges, 5 juin 1817 (*Ibid.*, p. 331). Ce point ne nous paraît pas, du reste, susceptible de difficulté; les créanciers devraient seulement, comme l'ont très bien ordonné ces arrêts, supporter les frais occasionnés par leur production tardive.

Après la clôture de l'ordre, il en serait autrement et la déchéance serait encourue. Quand cette formalité est remplie, que la distribution des deniers est arrêtée entre tous les saisissants et opposants, que les mandements sont délivrés, nul entre les créanciers n'est plus recevable à former opposition sur les deniers déposés. C'est ce qu'a décidé avec raison la Cour de Paris, les 1ᵉʳ juin 1807 et 21 avril 1809 (*J. Av.*, t. 17, p. 128 et 155).

La conséquence de cette dernière décision, c'est que la partie qui a négligé de produire ses titres devant les premiers juges, quoiqu'elle ait été sommée de

le faire, est non recevable à se pourvoir contre le jugement d'ordre et même à intervenir dans les causes pendantes en appel, et auxquelles cet ordre a donné naissance, pour contredire les titres des créanciers qui ont produit. Ces divers points ont été reconnus par les Cours de Rennes, 3 mai 1809 (annoté par M. Carré); et 24 nov. 1819 (*J. Av.*, t. 5, p. 95), et de Bruxelles, 28 juill. 1830 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1830, p. 149) et 12 août 1835 (*Journ.* de Bruxelles de 1836, p. 271).

Enfin, la Cour de Paris, 7 juin 1834 (*J. Av.*, t. 48, p. 58), a décidé, conformément aux mêmes principes, que des titres et pièces justificatives qui n'auraient pas été produits avant la décision des contestations soulevées par le réglement provisoire, ne sont pas de nature à rien changer à ce qui est établi, et seraient inutilement présentées pour la première fois en cause d'appel. Nous devons donc désapprouver une décision de la Cour de Bordeaux du 1er avril 1828 (*Journ.* de cette Cour, p. 368), d'après laquelle les créanciers qui ont produit leurs titres devant le juge-commissaire, seraient admis en tout état de cause à en présenter de nouveaux. (*Voy.* notre *Quest.* 2588 *bis.*)

Du reste, la Cour de Paris a jugé, le 20 juill. 1811 (*J. Av.*, t. 17, p. 203), qu'on ne pouvait faire résulter une fin de non-recevoir du défaut de production et de contestation à l'ordre, contre le créancier qui n'y avait pas été appelé et cette précision nous paraît trop équitable pour qu'il soit nécessaire de la justifier. (V. *suprà*, notre *Quest.* 2552 *bis.*)]]

[[2556 ter. *L'administration de l'enregistrement peut-elle intervenir dans un ordre sans le ministère d'un avoué?*

La question s'est présentée *in terminis*, devant la Cour de Bruxelles, le 11 avril 1810 (*J. P.*, 3e éd., t. 8, p. 245); et cette Cour, en conformité des arrêts de la Cour de cassation des 12 messidor an VIII et 16 juin 1807 (*J. P.*, 3e éd., t. 1, p. 666, et t. 6, p. 149), a décidé que si les lois relatives aux procédures qui concernent les intérêts de la régie de l'enregistrement et des domaines n'exigent point de sa part constitution d'avoué, que si l'art. 65 de la loi du 22 frim. an VII, ne prescrit d'autre mode d'instruction que celui qui se fait par simples mémoires communiqués, il est également vrai que ces dispositions ne doivent s'entendre que des instances dans lesquelles la régie attaque ses débiteurs, en raison de ses créances, mais que, dans celles qui ont pour objet, soit des saisies immobilières, soit des ouvertures et distributions d'ordre, elle est astreinte à plaider à l'audience et par le ministère d'avoué, comme tous les autres créanciers. En effet, la loi ayant déterminé des formes à suivre en pareil cas, sans distinction des parties intéressées, une disposition expresse pourrait seule exempter la régie de leur accomplissement; or, non-seulement cette disposition n'existe pas, mais elle ne peut pas même exister, car elle entraînerait ce résultat bizarre que, tandis que les oppositions en matière d'ordre, seraient vidées sur l'instruction à l'audience entre les autres parties, il faudrait en même temps les vider sur simples mémoires et en la Chambre du conseil, en tant qu'elles concerneraient les intérêts de la régie.

Ces principes, contre l'application desquels la régie a longtemps lutté, nous paraissent incontestables. Ils sont sanctionnés par une lettre du ministre de la justice du 4 complémentaire an IX, et par une instruction de M. Duchatel, conseiller d'Etat, du 25 mars 1808 (*J. Av.*, t. 5, v° *Avoués*, nos 7, 8, 10, 56, 84, 85 et 87.)]]

2557. *La production et l'acte de produit doivent-ils être signifiés?*

Non, d'après l'art. 133 du Tarif; et en effet, cette signification eût été inu-

tile, puisque le saisi et le poursuivant peuvent prendre communication au greffe. (Voy. *Quest.* 2172.)

[[Telle est aussi l'opinion de MM. BERRIAT SAINT-PRIX, t. 2, p. 613, not. 9, et FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 55.

Du reste, comme nous l'avons établi dans notre Commentaire du Tarif, t. 2, p. 237, n° 24, il n'est pas nécessaire que l'acte de produit contienne l'exposé des moyens et les conclusions du créancier.]]

[[**2557** bis. *Les formalités prescrites pour la régularité des actes de produit le sont-elles à peine de nullité?*

A défaut d'une disposition formelle de la loi, M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 424, ne croit pas qu'il soit possible d'adopter l'affirmative sur cette question. Mais, d'après lui, le juge-commissaire doit refuser d'admettre une production irrégulière, ou, si elle a été admise, il ne doit pas la comprendre dans le règlement provisoire, avant qu'elle ait été régularisée. Cette décision nous paraît juste et nous y adhérons.]]

[[**2557** ter. *Quels sont les principaux effets de la production et de la demande en collocation dans un ordre, autres que ceux qui résultent de la disposition de l'art.* 754?

Les principaux effets consistent 1° en ce qu'un créancier interrompt la prescription en produisant des titres dans un ordre ouvert sur son débiteur; du reste, la sommation à l'adjudicataire des biens de celui-ci aurait la même efficacité; Grenoble, 2 juin 1831 (*J. Av.*, t. 43, p. 662); 2° en ce que la demande en collocation fait courir des intérêts de la créance pour laquelle on veut être colloqué. La Cour royale de Toulouse, et la Cour de cassation lui ont reconnu cet effet, par arrêts des 26 janv. et 2 avril 1833 (*J. Av.*, t. 36, p. 378, et t. 44, p. 307; *J. P.*, 3e éd., t. 25, p. 89 et 333.) *Voy.* dans le même sens MERLIN, *Rép.*, v° *intérêts*, § 4, n° 14.]]

[[**2557** quater. *La demande en collocation d'un créancier emporte-t-elle, de sa part, renonciation à demander la ventilation pour distribution proportionnelle du prix entre divers immeubles affectés à sa créance?*

En termes plus généraux : *Quand et par qui cette opération doit-elle être ordonnée? Qui peut en opposer le défaut?*

La loi ne fixe nulle part le délai dans lequel la ventilation doit être demandée; l'art. 2166 du Code civil, qui établit la nécessité de cette mesure, puisqu'il pose le principe de la collocation des créanciers suivant *l'ordre de leurs créances ou inscriptions*, est muet sur ce point important. Cependant on est amené à conclure que la ventilation ne peut avoir lieu pendant le cours de la procédure sur la saisie immobilière, par cette considération que cette dernière procédure est entièrement terminée lorsque le prix du bien saisi est définitivement fixé. Ainsi, l'art. 2211 du Code civil, le seul qui ait explicitement disposé sur un cas de ventilation, suppose-t-il qu'on n'examinera s'il y a lieu à y procéder qu'après que l'expropriation aura été consommée et lorsqu'il s'agira de régler les droits respectifs des créanciers sur le prix. Cette opération doit donc être faite au moment de l'ouverture de l'ordre. Mais on ne serait pas déchu du droit de la requérir, si l'ordre était ouvert, et les Cours de cassation, 25 août 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 117), et de Toulouse, 19 fév. 1827 (*J. Av.*, t. 32, p. 331), ont décidé avec raison que la demande en collocation, formée devant le juge-commissaire, n'emporte, par elle-même, aucune renonciation au droit de de-

mander la ventilation du prix, parce que cette demande ne dispense pas le commissaire de dresser l'état de collocation prescrit par l'art. 755, selon les droits résultant des différentes inscriptions, et que la faculté de contredire cet état provisoire est expressément réservée aux parties par le même article. Ces motifs nous paraissent concluants et doivent faire considérer comme mal fondée une décision contraire de la Cour de Nîmes du 26 juillet 1825 (*J. Av.*, t. 31, p. 184, *J. P.*, 3e éd., t. 19, p. 737).

Le juge-commissaire n'a d'autre pouvoir que de régler l'ordre des créances; il ne peut statuer sur aucune difficulté, ni prescrire aucune mesure de son chef; il est donc sans qualité pour faire ou ordonner cette opération; il devra, si la demande lui en est faite, renvoyer les parties devant le tribunal. Si, outre-passant ses pouvoirs, le juge-commissaire l'avait faite lui-même, son ordonnance serait annulée. La Cour de Lyon, en le décidant ainsi, le 7 juin 1839 (*J. Av.*, t. 57, p. 591), s'est conformée aux principes; elle a jugé, en même temps, que la Cour, saisie par un appel, peut, en annulant la ventilation faite sans qualité par le juge-commissaire, opérer elle-même cette ventilation, sans recourir à une expertise. (*Voy.* sur cette question, nos principes exposés sous l'art. 473.)

On comprend facilement que ceux-là seuls ont le droit d'exciper du défaut de ventilation du prix des immeubles vendus, que la loi a entendu investir de cette faculté, c'est-à-dire les créanciers à hypothèque spéciale; Bourges, 1er avril 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 493).]]

ART. 755. Le mois expiré, et même auparavant, si les créanciers ont produit, le commissaire dressera, ensuite de son procès-verbal, un état de collocation sur les pièces produites. Le poursuivant dénoncera, par acte d'avoué à avoué, aux créanciers produisants et à la partie saisie, la confection de l'état de collocation, avec sommation d'en prendre communication, et de contredire, s'il y échet, sur le procès-verbal du commissaire, dans le délai d'un mois.

T., 134.—[Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 238, nos 27 à 35.]—Loi de brum. an VII, art. 32.—Cod. proc. civ., art. 633 et 756. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Ordre*, nos 93 à 106, 120, 121, 130 à 136, 167, 168, 175 à 179, 180 à 187, 191 à 213, 393, 470, 472. — Devilleneuve, *eod. verb.*, nos 49 à 60. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 204 à 248. — Locré, t. 22, p. 477, n° 94.

QUESTIONS TRAITÉES : La collocation en ordre utile peut-elle être assimilée à un paiement de la dette qui libère le débiteur et ses cautions? *Q.* 2557 *quinquies.* — La sommation de prendre connaissance de l'état de la collocation provisoire et de contredire est-elle indispensable même à l'égard du créancier qui a pour avoué l'avoué du poursuivant lui-même ? *Q.* 2557 *sexies.* — A quelle époque sera révolu le délai d'un mois, déterminé par les art. 755, 756 et 757, si, commençant à courir le 31 janvier, le mois de février n'a eu que 28 jours? *Q.* 2558.—Dans le mois accordé aux créanciers pour contredire, doit-on compter le jour où l'état provisoire leur a été signifié? *Q.* 2558 *bis.* — Serait-il régulièrement procédé à un ordre pendant le temps des vacations? *Quid* s'il était arrêté un jour de fête légale ? *Q.* 2558 *ter.* — A partir de quelle époque devra courir le délai d'un mois prescrit par l'art. 755, lorsque la dénonciation n'aura pas été faite en même temps à tous les créanciers et à la partie saisie ? *Q.* 2558 *quater.* — L'état de collocation doit-il être signifié aux créanciers et au saisi? *Q.* 2559. — Les art. 755, Cod. proc., et 136 du Tarif sont-ils contradictoires? *Q.* 2560. — Le délai donné pour contredire étant expiré, l'état de collocation doit-il être signifié, par exploit à personne ou domicile, au saisi qui n'a pas constitué d'avoué? *Q.* 2561.— Le délai pour prendre communication du procès-verbal et contredire doit-il être augmenté suivant les distinctions établies en l'art. 1033, en faveur du saisi auquel le dénoncé a été fait à personne ou domicile? *Q.* 2562. — La partie saisie ou les créanciers sont-ils encore recevables à contredire sur le procès-verbal, lorsque, le délai prescrit par l'art. 755 étant expiré, le juge-commissaire a fait la clôture de l'ordre? *Q.* 2563. — Le débiteur saisi peut-il critiquer l'ordre de collocation lorsque nul des créanciers ne s'en plaint? *Q.* 2563 *bis* (1).]

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° La femme dont le mari a vendu l'immeuble dotal ne peut, après avoir obtenu sa séparation de biens, se faire colloquer dans l'ordre ouvert sur son mari pour le prix de

[[**2557** quinquies. *La collocation en ordre utile peut-elle être assimilée à un paiement de la dette qui libère le débiteur et ses cautions ?*

Non, ce n'est qu'une simple indication de paiement qui, ainsi que l'a jugé la Cour de cass., le 18 mai 1808 (*J. Av.*, t. 17, p. 135), n'opère ni novation ni libération du débiteur originaire. Ce n'est pas, en effet, une délégation parfaite ou un paiement effectif qui éteigne tant l'action personnelle contre le débiteur originaire que les hypothèques du créancier. Loin de là, plusieurs causes peuvent détruire l'effet de la collocation, un appel, une revente à la folle enchère, etc.; et il serait dès lors souverainement injuste d'enlever au créancier son recours personnel contre le débiteur et les cautions, sous la foi desquels il a stipulé. Aussi les Cours de Bourges, 7 juin 1810 et de Colmar, 22 avril 1815 (*J. Av.*, t. 17, p. 179 et 290, et *J. P.*, 3° édit., t. 8, p. 360 et t. 12, p. 689; Devill., *Collect. nouv.*, 5.2.35), ont-elles jugé conformément à la décision de la Cour suprême, dont l'arrêt était intervenu dans une espèce régie par la loi du 11 brum. an VII.]]

[[**2557** sexies. *La sommation de prendre connaissance de l'état de la collocation provisoire et de contredire est-elle indispensable même à l'égard du créancier qui a pour avoué l'avoué du poursuivant lui-même ?*

La Cour de Nîmes, le 17 mars 1819 (*J. Av.*, t. 17, p. 345), a décidé que la sommation était nécessaire, même en ce cas, et qu'à son défaut, le créancier n'avait pas encouru la forclusion prononcée par l'art. 756, Cod. proc., la peine que la loi n'inflige qu'à la négligence ne pouvant atteindre celui qui n'a pas été légalement constitué en demeure. Cette décision nous paraît conforme aux principes. C'est donc à tort que la Cour de Grenoble, le 6 août 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 265, et *J. P.*, 3e édit., t. 17, p. 558), a jugé que la sommation faite par l'avoué du poursuivant aux avoués des autres créanciers suffit pour mettre en demeure tous ceux pour lesquels il occupe lui-même. Nul motif plausible ne vient à l'appui d'une telle décision.]]

2558. *A quelle époque sera révolu le délai d'un mois, déterminé par les articles* 755, 756 *et* 757, *si, commençant à courir le* 31 *janvier, le mois de février n'a eu que vingt-huit jours?*

Nous avons dit, dans notre introduction, que les délais fixés par mois se comptent de tel quantième d'un mois à tel quantième correspondant du mois suivant, et que le jour bissextile du mois de février est censé ne faire qu'un avec le jour précédent; qu'enfin, il en était de même du trente et unième jour dans les mois qui l'admettent. Par suite, nous avons dit aussi, n° 1555, que, le délai d'appel se comptant de quantième à quantième, on ne devait avoir aucun égard au nombre de jours dont chaque mois est composé. Ces propositions sont fondées sur la jurisprudence de la Cour de cassation. Il s'ensuit que le délai fixé par les articles précités expire le dernier jour de février, qui est considéré

---

cet immeuble, au lieu de le revendiquer: Montpellier, 7 janvier 1831 (*J. Av*, t. 41, p. 644; *J. P.*, t. 23, p. 1085; Devill., 1831.2.214);

2° L'hérit[ier] bénéficiaire qui se trouve donataire ou créancier du décédé peut intervenir dans l'ordre ouvert sur l'héritage qu'il n'accepte que sous bénéfice d'inventaire et y obtenir sa collocation; mais il peut être obligé à fournir caution de rapporter les sommes pour lesquelles il sera colloqué, si, par l'événement du partage, il avait à les rapporter: Riom, 8 août 1828 (*J. Av.*, t. 56, p. 53).]

comme le serait le 31 d'un autre mois ; mais ce jour, 28 ou 31 d'un autre mois, il est permis de produire : la forclusion n'est acquise que le 1er mars. Telle est la conséquence de ce qui a été décidé par la Cour de cassation, concernant le délai d'appel. Au reste, notre opinion paraît fondée sur la raison même, indépendamment des autorités que nous avons rapportées : le législateur, en fixant un délai par mois, n'a eu en vue que le nombre de jours qui composent les mois ordinaires.

[[Nous pensons également, avec M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 318, que le délai expirera le dernier jour du mois. Quant au droit que M. Carré accorde au créancier de produire encore dans ce jour, c'est la conséquence des principes que nous avons admis sur la *Quest.* 2313, t. 5, p. 519. (*Voy.* la question suivante.)]]

[[**2558** bis. *Dans le mois accordé aux créanciers pour contredire, doit-on compter le jour où l'état provisoire leur a été signifié?*

Conformément aux principes que nous avons adoptés t. 5, p. 519, *Quest.* 2313, nous décidons la négative. Cette opinion a été consacrée par la Cour de cass., 27 fév. 1815 (*J. Av.*, t. 17, p. 284, et *J. P.*, t. 12, p. 609), et par la Cour de Bruxelles, 27 fév. 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 183, et *J. P.*, 3e éd., t. 23, p. 208).]]

[[**2558** ter. *Serait-il régulièrement procédé à un ordre, pendant le temps des vacations?*
Quid *s'il était arrêté un jour de fête légale?*

L'affirmative sur les deux questions est la conséquence de ce principe que les matières d'ordre requièrent célérité. Toutes deux ont été du reste jugées en ce sens, la première, par les Cours de Paris, 26 avril 1813 (*J. P.*, 3e édit., t. 11, p. 320), et de cassation, 10 janv. 1815 (*J. Av.*, t. 17, p. 241); la seconde par la Cour de Besançon, 15 juill. 1814 (*J. Av.*, t. 17, p. 206).

V. aussi notre *Quest.* 2376, t. 5, p. 572.]]

[[**2558** quater. *A partir de quelle époque devra courir le délai d'un mois prescrit par l'art.* 755, *lorsque la dénonciation n'aura pas été faite en même temps à tous les créanciers et à la partie saisie?*

Pour soutenir que le délai court, à l'égard de chaque partie, du jour où la notification lui a été faite, on a dit que chacun doit naturellement s'attacher aux actes qui lui sont personnels; que, surtout en ce qui concerne la notification au saisi, les créanciers ignorant si elle a eu lieu postérieurement à celle qu'ils ont eux-mêmes reçue, ne doivent pas compter sur une prorogation de délai dont le hasard seul pourrait plus tard leur faire connaître la cause; et qu'il n'y a, par conséquent, aucune raison de relever ces créanciers de la forclusion prononcée contre eux, à cause de la date de l'acte signifié à la partie saisie, qui d'ailleurs ne joue d'ordinaire qu'un rôle passif dans les contestations relatives à l'ordre. Ces raisons, qui ont prévalu devant la Cour de Caen, le 8 août 1826 (*J. Av.*, t. 33, p. 325; *J. P.*, 3e éd., t. 20, p. 789), présentent quelque chose de spécieux : cependant on peut les écarter par cette considération unique qu'il importe à la régularité de la procédure sur l'ordre que les contredits auxquels le règlement provisoire peut donner lieu soient terminés pour toutes les parties intéressées dans un délai fixé, et que, dès lors, pour que chacun soit non recevable à se plaindre de l'insuffisance de ce délai, il convient de ne le faire courir qu'à partir de la sommation la plus récente.

On peut ajouter avec M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 427, que, tant qu'un seul des créanciers aura le droit de contester, l'exercice de ce droit pourra changer toute la disposition de l'ordre. Tel autre créancier qui, ayant une collocation utile, s'était abstenu de contredire, va se trouver dans une position différente; pour défendre ses droits jusqu'alors non attaqués, il sera obligé d'élever lui-même des contestations. Il est donc injuste de lui refuser la faculté de contredire tant qu'un autre créancier la conserve. (*Voy.* notre *Quest.* 2564 *ter.*)

Tel est aussi l'avis de M. PERSIL, t. 2, p. 429, § 8. « Comme il s'agit, dit-il, d'une forclusion, c'est-à-dire d'une peine qui pourrait priver des créanciers des droits les mieux acquis, la raison, l'équité veulent que cette forclusion ne puisse se réaliser qu'à compter de la date du dernier acte. »

MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 460, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 317, se sont prononcés pour la même opinion, consacrée par les Cours de Rouen, 25 janv. 1815 (*J. Av.*, t. 17, p. 282, et *J. P.*, 3ᵉ édit., t. 12, p. 560; DEVILL., *Collect. nouv.*, 5.2.11), et de Paris, 8 août 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 53). C'est aussi en conformité de ces principes, qu'il a été jugé par la Cour de Riom, 8 août 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 53, et *J. P.*, 3ᵉ édit., t. 22, p. 186), que, l'état de collocation devant contenir toutes les demandes, le délai d'un mois pour contredire commence à courir seulement du jour de la notification d'un état provisoire en bonne forme, dressé sur toutes les pièces produites, et non de la notification d'un premier état qui n'est ni complet, ni régulier.]]

2559. ***L'état de collocation doit-il être signifié aux créanciers et au saisi?***

La négative résulte assez clairement des termes mêmes de l'art. 755, et cependant cette question a été débattue en justice. Mais quand le Code ne serait pas aussi clair qu'il nous paraît l'être, toute incertitude serait levée par l'article 134 du Tarif, qui porte que le procès-verbal du juge-commissaire ne sera ni levé ni signifié : l'on doit donc se borner à dénoncer que le juge-commissaire a clos l'état de collocation, avec sommation d'en prendre communication et de contredire. (*V.* PIGEAU, t. 2, p. 182 et 259.)

[[A cette décision, qui nous paraît évidente, nous ajouterons seulement, avec un arrêt de Paris, 11 août 1812 (*J. Av.*, t. 17, p. 220; DEVILL., *Collect. nouv.*, 4.2.174), que la dénonciation à la partie saisie est suffisamment prouvée par le visa que contient l'ordonnance du juge-commissaire.]]

2560. ***Les art.* 755 *du Code de procédure et* 136 *du Tarif sont-ils contradictoires?***

Il n'y a pas de contradiction entre l'art. 755, qui exige le dénoncé aux créanciers *produisants*, et l'art. 136 du Tarif, qui prescrit de le faire aux créanciers *inscrits*. Ce dernier article doit être entendu dans le sens de la disposition du Code, qui n'oblige pas de dénoncer aux créanciers *inscrits non produisants.*

[[Tel est aussi l'avis de M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 316.

Dans notre *Commentaire du Tarif*, t. 2, p. 240, n° 34, nous avons cherché à démontrer que si, au fond, l'opinion de M. Carré était exacte, en réalité la contradiction signalée n'existait pas.

Il n'est pas nécessaire que l'état de collocation soit signifié aux créanciers chirographaires, lors même qu'ils ont figuré dans le procès-verbal, car ce que dit l'art. 755, des créanciers produisants, ne peut pas s'entendre des chirographaires; *voyez*, dans ce sens, l'arrêt de Paris du 11 août 1812 (*J. Av.*, t. 17, p. 220), cité à la question ci-dessus.]]

2561. *Le délai donné pour contredire étant expiré, l'état de collocation doit-il être signifié, par exploit à personne ou domicile, au saisi qui n'a pas constitué d'avoué?*

L'article 755 ne décide rien à l'égard de la dénonciation de l'état de collocation; l'art. 134 du Tarif ne taxe que le dénoncé par acte d'avoué à avoué, en sorte que l'on peut argumenter de ce silence pour adopter l'opinion de M. Lepage, relativement à l'espèce de l'art. 755.

Nous n'en croyons pas moins très prudent de signifier à personne ou domicile, quand le saisi n'a point constitué d'avoué; la Cour de Rennes, première chambre, par arrêt du 11 janv. 1813 (*J. Av.*, t. 17, p. 535; *J. P.*, t. 11, p. 24), a formellement consacré cette opinion, en déclarant qu'il est de principe général, applicable dans toutes les circonstances où la loi n'a pas fait d'exception, que l'on doit notifier à la personne ou au domicile de la partie qui n'a pas d'avoué en cause les actes dont elle a ordonné la signification d'avoué à avoué, dans l'hypothèse d'une constitution, qui est le cas le plus ordinaire.

Nous avons eu souvent occasion de nous guider d'après ce principe, que nous croyons certain, et qui, dans notre opinion, l'emporterait sur les arguments que l'on voudrait tirer des termes de l'art. 755 et du silence des art. 29 et 134 du Tarif. Il vaut mieux retarder le règlement définitif de l'ordre que de s'exposer à voir arguer de nullité les opérations du juge-commissaire par le débiteur saisi, qui n'aurait pas constitué d'avoué.

[[Quoique cette signification à personne ou domicile puisse exiger de longs délais, nous n'en croyons pas moins à sa nécessité, avec MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 426; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 315, et DALLOZ, t. 10, p. 821. *Voy.* à cet égard notre *Commentaire du Tarif*, t. 2, p. 239, n° 32.]]

2562. *Le délai pour prendre communication du procès-verbal et contredire doit-il être augmenté, suivant les distinctions établies en l'art.* 1033, *en faveur du saisi auquel le dénoncé a été fait à personne ou domicile?*

Dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de Rennes, cité sur la précédente question, la partie saisie, à laquelle la confection de l'état avait été dénoncée par exploit à domicile, prétendait que cet état devait être déclaré nul, attendu qu'elle n'avait pas joui de l'augmentation du double, pour *voyage ou envoi et retour*, conformément à la dernière disposition de l'art. 1033.

La Cour a bien déclaré qu'il n'était point douteux, d'après cet article, que le saisi devait jouir de l'augmentation d'un jour par trois myriamètres de distance du lieu de son domicile à celui où siégeait le tribunal chargé de la confection de l'ordre : or, il était reconnu que le saisi avait joui, et même au delà, de cette augmentation.

Mais, relativement à celle du double, il a été décidé qu'il n'y avait point lieu, dans l'espèce de l'art. 755, à donner cette augmentation. Malheureusement la Cour n'a pas autrement motivé sa décision, qui, sans cela, nous eût offert de précieux éléments pour l'explication de ces mots, *voyage ou envoi et retour;* explication sur laquelle nous ne serons aidé par aucune décision judiciaire, et que les auteurs n'ont point donnée avec les développements dont elle nous paraît susceptible. Nous soumettrons à cet égard, sur l'art. 1033, les raisons que nous avions déduites pour les adversaires de la partie saisie, dans une consultation à laquelle des jurisconsultes distingués ont concouru. Ces raisons trouveront quelque appui dans l'arrêt précité, puisque la Cour en a adopté les conséquences.

[[Nous renvoyons notre solution à l'art. 1033.]]

2563. *La partie saisie ou les créanciers sont-ils encore recevables à contredire sur le procès-verbal, lorsque, le délai prescrit par l'art.* 755 *étant expiré, le juge-commissaire a fait la clôture de l'ordre?*

Nul doute pour la négative, relativement aux créanciers, puisque l'art. 756 prononce contre eux la peine de forclusion; mais ce même article ne s'expliquant pas à l'égard de la partie saisie, on pourrait soutenir qu'elle ne doit pas être assimilée aux créanciers, attendu que l'on ne peut étendre les dispositions rigoureuses à un cas qu'elles n'ont pas expressément prévu.

La Cour de Rennes, par l'arrêt cité sur la question précédente, a encore eu à prononcer sur cette difficulté, qu'elle a résolue contre le saisi.

Elle a considéré qu'il résultait des art. 758 et 759 qu'à l'expiration des délais fixés par les art. 755 et 756, le juge-commis à un règlement d'ordre en fait la clôture de son propre mouvement (*Voy.* notre *Quest.* 2178); que, dès lors, l'opération dont il avait été chargé est terminée; en sorte que la partie saisie se trouve, par cela seul, déchue de prendre communication et de contredire; qu'on ne peut opposer à cette décision les dispositions de l'art. 726, qui prononce la forclusion seulement contre les créanciers, et dire que cet article et l'art. 755 ne prononçant pas la même peine contre le saisi, elle ne peut être encourue par lui; car si la loi, gardant le silence sur ce dernier, déclare forclos les créanciers, faute par eux d'avoir pris communication dans le délai d'un mois, il s'ensuit que, ce délai une fois expiré, ils sont déchus, dans le cas même où le juge commissaire n'aurait pas clos l'ordre, de la faculté de prendre cette communication, à la différence de la partie saisie, qui ne l'est que par l'effet de la clôture de l'ordre, terme naturel de la commission du juge.

Nous croyons cette décision parfaitement conforme au texte de la loi. Et en effet, si l'on admettait le système contraire, c'est-à-dire que la partie saisie pût contredire après la clôture de l'ordre, on contreviendrait évidemment à l'esprit et au texte de l'art. 755, qui veut que les contredits du saisi soient faits sur le procès-verbal, conséquemment avant qu'il soit clos, et de l'art. 758, d'après lequel les contestations sont renvoyées à l'audience par le juge-commissaire, avant que l'ordre soit arrêté définitivement.

La Cour de Paris a rendu, le 26 avril 1813 (*J. Av.*, t. 17, p. 241; *J. P.*, 3e éd., t. 11, p. 320), une décision semblable à celle de la Cour de Rennes, et par là, ces deux Cours ont su concilier le silence de la loi, relativement au saisi, avec la disposition rigoureuse qu'elle contient à l'égard des créanciers, puisque l'arrêt ne range pas le saisi dans la même classe que ceux-ci, et lui accorde l'exercice de la faculté de prendre communication et de contredire jusqu'à la clôture de l'ordre, attendu que la loi ne le déclare pas forclos; mais nous ne devons pas dissimuler que le contraire a été jugé par arrêt de la Cour de Metz du 22 mars 1817 (*S.* 19.2.134; *J. Av.*, t. 17, p. 324).

[[La jurisprudence paraît se fixer dans le sens indiqué par ce dernier arrêt. Grenoble, 18 fév. 1818; Caen, 22 juill. 1822 (*J. Av.*, t. 17, p. 341); Limoges, 7 fév. 1823 (*Ibid.*, t. 17, p. 364); Bordeaux, 11 juin 1827; Rouen, 27 déc. 1839 (*Ibid.*, t. 33, p. 181, et t. 58, p. 114), et Riom, 16 mars 1841 (*Ibid.*, t. 60, p. 618; DEVILL., 1841.2.358). MM. PERSIL, *Rég. hyp.*, t. 2, p. 431; BERRIAT SAINT-PRIX, p. 782, note 51, et FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 60, admettent aussi, relativement au délai de forclusion, une distinction nécessaire entre les créanciers produisants et le saisi.

Toutefois, M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 428, est demeuré fidèle à l'opinion contraire. Cet auteur fait observer que la partie saisie a été mise en demeure de prendre communication en vertu de l'art. 755; or, dit-il, cette mise en demeure

doit nécessairement produire un effet, et elle n'en produirait pas, s'il était permis au saisi, même après ces délais, de soulever des contestations.

Il nous semble que la question peut se résoudre par les termes, non de l'art. 755, mais de l'art. 756 sous lequel, du reste, elle serait beaucoup plus convenablement traitée. L'une de ces deux dispositions indique les personnes à qui sommation devra être faite, mais l'autre détermine celles qui, faute de contredire, seront forcloses de ce droit après le délai fixé par la loi : or, au nombre de ces personnes ne figure pas la partie saisie : Est-ce un oubli du législateur? Nous ne le pensons pas. Les deux articles sont trop rapprochés l'un de l'autre pour qu'on puisse supposer que, dans le second, le législateur veut modifier l'économie qui règle le premier. Quand la forclusion doit atteindre également les créanciers et la partie saisie, la loi s'en explique en termes formels, notamment au titre de la distribution par contribution, dans l'art. 664, analogue à l'art. 756, du moins quant aux expressions. Il nous paraît donc certain que le législateur n'a prononcé ni voulu prononcer aucune déchéance contre la partie saisie. Eh! pourquoi défendrait-on à celle-ci de contredire après le délai d'un mois? Ce temps expiré, il est incontestable que les créanciers autres que les produisants seraient admis à contester. Pourquoi le saisi, qui n'a d'autre intérêt que celui de la masse, ne jouirait-il pas du même droit? Du reste, M. Carré convient que le délai d'un mois n'est pas à son égard le terme fatal : il fixe ce terme à la clôture de l'ordre. Qui ne voit que cette détermination purement arbitraire est en contradiction avec sa doctrine, fondée sur les termes de l'art. 756?.... Au surplus, si M. Carré a voulu dire uniquement, comme l'a fait l'arrêt de Rouen précité (et nous croyons que c'est là le fond de sa pensée) que le saisi ne sera plus en droit de contredire, du moment où les choses auront cessé d'être entières, nous serons en cela parfaitement de son avis. En effet, ce point de départ de la forclusion est le seul qui soit admissible, dans le silence de la loi. Mais il n'est pas subordonné à la clôture de l'ordre. Ce moment est celui de l'ordonnance d'exécution rendue contradictoirement entre tous les intéressés, de la délivrance des bordereaux de collocation, c'est-à-dire antérieur quelquefois et le plus souvent postérieur au fait de cette clôture.

Quant à la solution de M. Carré, relativement à l'époque de la forclusion des créanciers produisants, elle nous paraît être la conséquence exacte des termes de l'art. 756. (Voy. *infrà,* nos *Quest.* 2564 et 2565 *bis.*)]]

[[**2563** bis. *Le débiteur saisi peut-il critiquer l'ordre de collocation, lorsque nul des créanciers ne s'en plaint?*

La Cour de Rennes, le 23 janv. 1815 (*J. Av.*, t. 17, p. 281; *J. P.*, 3e éd. t. 12, p. 549), lui a refusé ce droit, et la même doctrine paraît résulter des motifs d'un arrêt de Paris du 26 déc. 1810 (*J. Av.*, t. 17, p. 192). Il nous est, quant à nous, impossible de l'approuver. L'art. 755 autorise le saisi, aussi bien que tous les créanciers, à formuler son contredit et ne subordonne l'exercice de cette faculté à aucune condition. Il ne nous paraît pas moins inexact de dire qu'il est sans intérêt pour se plaindre dans ce cas : en effet, le règlement provisoire statue non-seulement sur la préférence à accorder aux diverses créances, mais encore, et en premier lieu, sur leur existence. Or, de ce qu'un créancier colloqué en première ligne souffre qu'une partie dont les droits peuvent être contestés soit admise en second ordre, s'ensuit-il que le saisi à qui l'excédant du prix est dû, s'il en existe, ait les mêmes raisons pour garder le silence et doive laisser inscrire une dette qu'il n'a jamais contractée ou qu'il a payée? il nous est impossible d'admettre une telle conséquence, que repous-

sent d'ailleurs, comme nous l'avons déjà dit, les expressions formelles de l'art. 755. (*Voy.* notre *Quest.* 2556 *quater in fine.*)]]

ART. 756. Faute par les créanciers produisants de prendre communication des productions ès-mains du commissaire dans ledit délai, ils demeureront forclos, sans nouvelle sommation ni jugement; il ne sera fait aucun dire, s'il n'y a contestation.

[Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 242, nos 36 à 63.] — Cod. proc., art. 660, 664, 758, 778. — Cod. de comm., art. 513. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Ordre*, nos 79 à 82, 92, 113 à 117, 124 à 129, 134 à 158, 160 à 165, 478.— Devilleneuve, *eod. verb.*, nos 60 *bis* à 70.— Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 240 à 294. — Locré, t. 22, p. 477, n° 95.

QUESTIONS TRAITÉES : En quoi consiste la forclusion prononcée par l'art. 756 ? *Q.* 2564. — La forclusion de prendre communication emporte-t-elle celle de contredire? En cas d'affirmative, cette forclusion pourrait-elle du moins n'être prononcée qu'après la clôture de l'ordre ? *Q.* 2564 *bis.* — La forclusion de contredire prive-t-elle le créancier qui l'a encourue du droit d'invoquer l'extinction totale ou partielle des créances colloquées ? *Q.* 2564 *ter.* — Le créancier forclos pourra-t-il intervenir dans une contestation élevée entre d'autres créanciers qui ont contredit en temps utile ou contredit dans un nouveau règlement provisoire qui aurait lieu par suite de l'insuffisance ou de l'annulation du premier? En d'autres termes : la forclusion a-t-elle pour effet de rendre les créanciers inadmissibles à faire valoir leurs droits en aucun cas et sous aucune forme? *Q.* 2564 *quater.* — Le changement d'état du créancier sommé de prendre communication et de contredire, serait-il un obstacle à la forclusion prononcée par l'art. 756 ? *Q.* 2564 *quinquies.* — Peut-on, après le délai fixé pour contredire, admettre à cet effet un créancier qui n'aurait pas été appelé au règlement d'ordre? *Q.* 2565. — La forclusion prononcée par les art. 755 et 756, Cod. proc. civ., peut elle être étendue aux créanciers chirographaires qui n'auraient pas été appelés à l'ordre ? *Q.* 2565 *bis.* — Les créanciers appelés à l'ordre, mais qui n'ont pas produit dans le délai déterminé par l'art. 754, sont-ils compris dans la forclusion que prononce l'art. 756 ? *Q.* 2565 *ter.* — Comment se font les dires, et quel est leur objet ? *Q.* 2566. — Un contredit serait-il nul s'il n'était signé que par la partie et non par son avoué ? *Q.* 2566 *bis.* — Un contredit est il valable lorsqu'il contient seulement des réserves de contredire, sans indiquer nommément le créancier contre lequel il est dirigé ? *Q.* 2566 *ter.* — Le créancier colloqué au dernier rang dans un ordre, qui a contesté la créance du premier en rang utile, et l'a fait rejeter, a-t-il le droit de venir au lieu et place de celui-ci, si les autres créanciers placés avant lui n'ont pas contredit ? *Q.* 2566 *quater.*]

2564. *En quoi consiste la forclusion prononcée par l'art.* 756?

Elle consiste, dit M. TARRIBLE, p. 681, en se servant des expressions de la première loi sur le régime hypothécaire, celle du 9 mess. an III, en ce que les créanciers deviennent non recevables à élever aucune discussion sur l'ordre, le rang des hypothèques et la légitimité des créances, sans qu'il soit nécessaire de faire une nouvelle sommation, ni de prendre un jugement qui prononce la forclusion.

Mais on ne doit pas conclure de là, disions-nous dans notre *Analyse*, n° 2353, que cette déchéance s'étende jusqu'au droit de figurer ultérieurement dans l'ordre. Celui qui ne prend pas communication est censé approuver l'état dont la confection lui a été dénoncée, mais il ne renonce pas à sa propre créance.

A l'appui de cette opinion, l'on pourrait citer deux arrêts, l'un de la Cour de Paris du 11 mars, l'autre de celle de Rouen du 13 août 1813 (*J. Av.*, t. 17, p. 240 et 259; SIREY, t. 13, p. 161 et 105). Mais d'après un arrêt de la Cour de cassation du 2 déc. 1814 (*J. Av.*, t. 17, p. 275), on doit admettre le contraire, puisqu'il a décidé que le créancier qui est appelé à l'ordre, qui a produit, qui a même, en qualité de poursuivant, provoqué le règlement provisoire sans faire ni opposition ni réclamation, qui, ensuite, n'a pas contredit dans les délais l'état de collocation, est *forclos* et ne peut intervenir dans les contestations qui s'élèvent ultérieurement entre les créanciers provisoirement colloqués (1).

---

(1) La Cour d'Orléans, par arrêt du 29 août 1821 (*J. P.*, 3e éd., t. 16, p. 889; S.22.2.13, et *J. Av.*, t. 23, p. 299), a décidé que la forclusion est de droit, d'après ces expressions

[[Nous avons peu de choses à ajouter aux explications de M. Carré, en ce qui concerne les effets généraux de la forclusion ; nous ferons seulement remarquer avec la Cour de Besançon, 15 juill. 1814 (*J. Av.*, t. 17, p. 266), qu'elle est générale et s'applique à tous les moyens soit de forme soit de fond ; avec la Cour de Grenoble, 9 janv. 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 90), qu'elle peut être opposée par les créanciers en tout état de cause (bien que nous admettions avec M. Carré, à la note, que les juges ne devraient pas la prononcer d'office), et enfin, avec la Cour de cass., 10 déc. 1834 (*J. Av.*, t. 50, p. 250; DEVILL., 1835.1.26), qu'elle atteint les créanciers poursuivants aussi bien que tous les autres produisants (1).

Relativement aux cas de forclusion, ce qui est le point résolu par l'arrêt de Cassation précité, il est évident qu'il ne s'agit point là de forclusions de créances, comme on pourrait l'induire de certaines expressions de M. Carré, et de la citation d'un arrêt de Rouen qui statue pour ce dernier cas, mais bien de la forclusion du droit de contester, la seule dont s'occupe l'art. 756, puisque sa disposition n'est applicable qu'aux créanciers qui ont produit. Néanmoins il peut arriver, comme on le conçoit sans peine, que le rang attribué à une des parties dans le règlement provisoire soit, en fait, la même chose que l'exclusion de sa créance, ce qui lui donne un grand intérêt à contredire : il est donc utile de déterminer avec exactitude la nature et l'étendue de la forclusion prononcée par l'art. 756. La question s'est présentée sous diverses faces qui peuvent se résumer ainsi :

La forclusion de prendre communication des pièces emporte-t-elle celle de contredire ?

En cas d'affirmative, les effets de cette forclusion ne doivent-ils pas du moins être reculés jusqu'après la clôture de l'ordre qui serait demeuré ouvert après l'expiration du délai déterminé par l'art. 755 ?

Cette déchéance, en admettant qu'elle soit absolue, est-elle de nature à priver celui qui l'a encourue du droit d'invoquer l'extinction totale ou partielle des créances colloquées ?

Enfin, le créancier forclos ne pourrait-il pas du moins intervenir dans une contestation élevée entre d'autres créanciers qui ont contredit en temps utile ; ou contester dans un nouveau règlement provisoire qui aurait lieu par suite de l'insuffisance ou de l'annulation du premier ?

Ces questions nous paraissent assez importantes pour que nous consacrions à chacune d'elles un examen particulier. (*Voy.* les questions suivantes.)]]

---

de l'art. 756, *demeurent forclos sans nouvelle sommation ni jugement ;* qu'ainsi, elle peut être prononcée d'office par les tribunaux, même quand elle ne serait pas proposée par les parties, et qu'à plus forte raison elle doit l'être, même lorsque les parties l'invoquent, seulement quand la cause est prête à recevoir décision, ou même sur l'appel.

Nous croyons bien que la forclusion peut être opposée en tout état de cause; mais nous ne pensons pas qu'elle puisse être prononcée d'office, puisqu'elle est établie dans l'intérêt des créanciers parties au règlement d'ordre, et non par des considérations d'intérêt public.

(1) [La Cour d'Agen, 16 mai 1838 (*J. Av.* t. 56 p. 371; DEVILL. 1838.2,240), a cependant voulu excepter les syndics représentants de la masse; mais nous ne comprenons pas les motifs de cette distinction.

Nous n'approuvons pas non plus un arrêt de Toulouse, 9 juin 1824, (*Journ. Av.* t. 34, p. 248. *J. P.*, 3e éd. t. 18, p. 776,) d'après lequel, au créancier contesté seul appartiendrait le droit d'opposer la forclusion à celui qui l'attaque. C'est une faculté que doivent avoir tous les créanciers en cause.]

[[**2564** bis. *La forclusion de prendre communication emporte-elle celle de contredire?*

En cas d'affirmative, cette forclusion pourrait-elle du moins n'être prononcée qu'après la clôture de l'ordre?...

Ces deux questions ont été résolues par la jurisprudence contre le créancier négligent.

La Cour de Grenoble, 22 juill. 1810 (*J. Av.*, t. 17, p. 181), se fondant sur une interprétation littérale de l'art. 756, avait admis que la forclusion prononcée par cet article n'était relative qu'au droit de prendre communication des pièces; mais il est évident que la déchéance de ce droit emporte celle de contredire. Juger le contraire, ce serait méconnaître l'économie de la loi qui, dans l'art. 755, réunit dans le même délai l'exercice de cette double faculté; ce serait ne tenir aucun compte de la volonté du législateur, qui est d'empêcher que des contestations, sans cesse renaissantes, ne viennent éterniser la procédure d'ordre. Nous pouvons, en faveur de notre opinion, rapporter un ensemble imposant de décisions, rendues par les Cours de Besançon, 15 juillet 1814; Cassation, 10 janv. 1815; Grenoble, 3 mars 1821; Caen, 27 juill. 1813, 9 oct. 1815, et 6 mars 1821 (*J. Av.*, t. 17, p. 266, 278, 357 et 254; *J. P.*, 3e éd., t. 12, p. 318, et 529, t. 16, p. 419, t. 11, p. 531, t. 13, p. 78, t. 16, p. 423); Orléans, 29 août 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 299; DEVILL., *Collect. nouv.*); Limoges et Bourges, 19 juill. et 22 nov. 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 237 et 340; *S.* 1.5; 2.63; 6.2.374, 375, 474); Lyon, 1er déc. 1826 (*J. Av.*, t. 35, p. 165); Bordeaux, 24 fév. 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 241); Nîmes, 12 août 1829, et 18 juin 1832 (*J. Av.*, t. 39, p. 74, et t. 46, p. 178; DEVILL., 1833.2.299).

Les mêmes arrêts ont décidé que la forclusion s'acquiert par la seule expiration du délai, et qu'on ne peut la faire dépendre, soit de la clôture de l'ordre, soit de tout autre acte du juge-commissaire: c'est la conséquence exacte des principes que nous venons d'exposer.]]

[[**2564** ter. *La forclusion de contredire prive-t-elle le créancier qui l'a encourue du droit d'invoquer l'extinction totale ou partielle des créances colloquées?*

Ici, les motifs de solution que nous avons donnés sur la question précédente ne nous paraissent plus applicables; en effet, le créancier forclos ne conteste ni la légitimité ni l'ordre des créances, il se borne à prouver qu'elles sont éteintes par l'un des modes que prévoit la loi civile: on ne peut pas dire par conséquent qu'il élève un contredit dans le sens véritable de ce mot; sans doute le résultat de sa prétention peut être de changer les rangs déterminés par le règlement provisoire, mais ce n'est point là une conséquence susceptible d'entraver l'exercice d'un droit conforme aux principes d'équité, qui ne veulent pas qu'une somme soit payée sans être due. Il peut aussi arriver que le fait à raison duquel s'élève l'opposition au paiement soit postérieur à l'époque déterminée pour la présentation des contredits; les Cours de cassation, 17 janv. 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 90), et de Nîmes, 16 déc. 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 30; *J. P.*, 3e éd., t. 23, p. 962), en le décidant ainsi, se sont conformées à l'esprit de la loi, et nous n'approuvons pas moins un arrêt de Lyon du 7 juin 1839 (*J. Av.*, t. 57, p. 591), d'après lequel la forclusion ne pourrait être opposée au créancier dont le contredit constitue un moyen de défense destiné à repousser ou du moins à paralyser l'effet d'un autre contredit. Il est bien interdit à ce créancier de contester, mais non de se défendre. (*Voy.* notre *Quest.* 2558 *quater.*)

La même solution doit être adoptée à plus forte raison, lorsque le fait de l'extinction du droit résulte du propre aveu du créancier : ce dernier point a été savamment discuté dans une consultation délibérée à Rennes, le 3 mai 1823, par MM. Carré, Toullier, Jumelais et Grivart, consultation que nous allons textuellement rapporter :

« Le conseil soussigné estime, sur les fins de non-recevoir proposées par le sieur Caugette, 1° que si, en thèse générale, le créancier forclos suivant l'art. 756, Cod. proc. civ., ne peut être admis à contester les créances colloquées avant la sienne, ce principe doit nécessairement souffrir exception, dans le cas où ce créancier oppose non-seulement un défaut de qualité, mais encore lorsque l'aveu de ce dernier anéantit le titre en vertu duquel il demande néanmoins la collocation.

« En effet, pour pouvoir intervenir dans un ordre, il faut nécessairement avoir qualité et intérêt ; en d'autres termes, avoir un titre de créance bien établi : c'est aussi ce qu'enseigne M. MERLIN, *Rép.*, v° *Ordre de créanciers.*

« Nous supposons, dit ce célèbre auteur, que les priviléges et hypothèques qui viennent concourir à la distribution du prix d'un même immeuble *ont été bien établis dans leur origine;* qu'ils ont été conservés, et que les créanciers nantis de ces droits ont produit et justifié de leur titre.

« Il suit évidemment de cette doctrine, que le créancier sur qui les fonds manquent, peut toujours, et jusqu'à la délivrance des deniers, examiner la validité des titres produits et le mérite des inscriptions prises aux fins de ces mêmes titres.

Cela est si vrai que, le 16 oct. 1808, la Cour de cassation a décidé qu'on pouvait, *sur l'appel* d'un jugement qui ordonne la collocation d'un créancier, demander la nullité de son inscription, alors même qu'elle n'avait point été demandée en première instance.

« Mais si, après un ordre clos, et lorsque tous les délais pour contredire sont épuisés, on peut encore, et pour la première fois sur l'appel, demander la nullité d'une inscription hypothécaire, *à fortiori*, peut-on demander que celui-là qui reconnaît n'être pas créancier soit écarté d'un ordre dans lequel il n'a aucun droit pour se présenter, puisque, de son propre aveu, la créance qu'il réclame n'existe pas à son profit.

« Le bon sens et la justice disent que, pour réclamer une créance, il faut absolument être créancier; mais lorsque, soi-même, on a détruit son propre titre, il est impossible d'admettre que l'on puisse néanmoins prétendre à être colloqué.

« Quand on irait jusqu'à supposer que l'art. 756 peut s'entendre dans le sens le plus rigoureux, c'est-à-dire que le créancier qui n'aurait pas contredit en temps utile ne pût pas contester même la légitimité de la créance de celui qui est colloqué avant lui, toujours faudrait-il entendre cet article dans ce sens, que le créancier non colloqué ne pourrait pas demander à prouver contre le titre de celui qui le prime, mais non qu'il ne pourrait pas argumenter de l'aveu même de celui qui, en déclarant que son titre n'est pas réel, n'a plus dès lors aucun droit à être colloqué (1).

« S'il en était autrement, on arriverait à une conséquence absurde, puisqu'il faudrait dire, qu'encore bien qu'un individu confesse qu'il ne lui est rien dû, il devrait cependant recevoir, au préjudice du créancier légitime.

---

(1) [« Un des soussignés estime, comme il le dit, *Quest.* 2563 de son *Analyse raisonnée*, d'après M. Tarrible, qu'après la forclusion, un créancier ne peut plus contester la légitimité de la créance d'un autre créancier colloqué ; mais il est bien d'avis que, dans le cas où un créancier colloqué fait l'aveu que cette qualité ne lui appartient pas, il relève de la déchéance celui au préjudice duquel il a été colloqué. »]

« La justice, pour nous servir des expressions de d'AGUESSEAU, t. 3, p. 690, ne refuse jamais son secours à ceux qui ont un sujet apparent de l'implorer; mais quand ce sujet n'existe plus, il est manifeste que tout secours doit être dénié à celui qui, contre son propre aveu, sa propre reconnaissance, veut cependant recevoir ce qui ne lui est pas dû.

« Le titre de 1806 étant détruit par la confession du sieur Caugette, l'hypothèque, qui en est une conséquence, cesse donc aussi d'exister à son profit, et l'ordre ne doit plus être réglé qu'entre les autres créanciers hypothécaires, parce que l'hypothèque prise au nom du sieur Caugette cessant d'exister, le prix qu'il aurait dû recevoir, s'il avait été créancier hypothécaire, se divise nécessairement entre les autres créanciers inscrits.

« Que le sieur Caugette ne dise pas que la forclusion une fois acquise, on ne peut pas lui opposer son aveu; parce que l'aveu qui a pour objet d'éteindre une créance est une quittance que l'on peut opposer, non-seulement avant tout jugement et arrêt, mais encore après.

« En reconnaissant qu'il n'était pas créancier des sieurs Solier fils et de La Rue, le sieur Caugette les a, par cela seul, libérés entièrement de l'obligation de lui payer les 50,000 fr. portés en l'acte de 1806; et cette libération devant nécessairement leur profiter, les créanciers de ces derniers peuvent à leur tour se mettre à leur lieu et place, et opposer au sieur Caugette la fin de non-recevoir qui résulte de son aveu.

« Vainement dirait-il qu'en reconnaissant qu'il n'était pas créancier, il a déclaré en même temps que c'était le sieur Duroux qui avait fourni les fonds, parce qu'on lui répondrait toujours que sa seule déclaration ne saurait avoir l'effet de constituer une créance au profit du sieur Duroux, sur les sieurs Solier fils et de La Rue, qui n'ont jamais reconnu ce fait et surtout une créance hypothécaire.

« Encore une fois, le titre au profit du sieur Caugette une fois anéanti, il ne reste plus rien qui établisse, au profit du sieur Duroux, une créance hypothécaire, et qui donne au sieur Caugette le droit de demander en son nom personnel une collocation dont il ne peut ni ne doit profiter.

« Si le sieur Caugette persistait à prétendre que son aveu doit être considéré comme indivisible, il serait facile de lui répondre que l'art. 1356 ne parle de l'indivisibilité de l'aveu que relativement à celui qui l'a fait, et lorsque cet aveu tend à l'obliger; mais, dans l'espèce, rien de semblable. On oppose au sieur Caugette son aveu, non pas pour lui imposer une obligation, mais uniquement pour justifier la libération des sieurs Solier fils et de La Rue.

« Ainsi son aveu peut très bien se diviser, et doit se diviser d'autant plus qu'il n'y a aucune connexité, aucun rapport entre les deux parties de l'aveu.

« L'interrogatoire subi par le sieur Caugette fait donc pleine foi contre lui, ainsi que l'enseigne l'auteur du *Droit civil Français*, t. 10, p. 419; et son aveu doit nécessairement se diviser, ainsi que l'enseigne encore le même auteur, t. 10, p. 472. »]]

[[**2564** quater. *Le créancier forclos pourrait-il intervenir dans une contestation élevée entre d'autres créanciers, qui auraient contredit en temps utile, ou contesté dans un nouveau règlement provisoire qui aurait lieu par suite de l'insuffisance ou de l'annulation du premier?*

En d'autres termes, la forclusion a-t-elle pour effet de rendre les créanciers inadmissibles à faire valoir leurs droits en aucun cas et sous aucune forme?

La question, que nous avons tâché de préciser le plus possible, peut se présenter sous un triple aspect.

Une contestation s'élève entre créanciers, dans le délai qui leur est ac-

cordé par la loi, elle est renvoyée à l'audience : dans le cours du débat ainsi agrandi, les créanciers qui n'ont pas contredit à temps auront-ils le droit d'intervenir et de prendre des conclusions?

Le pourront-ils pour la première fois sur l'appel du jugement qui a statué sur la contestation ?

Enfin, les créanciers forclos ne seraient-ils pas du moins admis à se présenter et à contredire dans un règlement d'ordre supplémentaire ou nouveau qui serait ordonné par suite de l'insuffisance ou de l'annulation du premier?

Ces questions, qu'il est peut-être utile de résoudre séparément, ont été généralement confondues dans les controverses qu'elles ont souvent soulevées et qui ont été décidées en sens divers par les tribunaux.

En faveur des créanciers négligents, on a dit que la forclusion prononcée par l'art. 756 ne saurait avoir pour effet de les priver du droit de figurer dans l'ordre et d'y figurer en rang utile, si la nature de leurs créances le permet; ils sont parties nécessaires dans l'ordre et dans tous les incidents qui peuvent s'élever à leur préjudice, jusqu'à la clôture définitive. Sans cela, les créanciers qui, en produisant, ont satisfait au vœu de la loi, seraient moins bien traités que les autres, que l'art. 757 met à l'abri de toute déchéance. On a conclu delà que la forclusion, simple peine de procédure qui n'a d'effet que quant à l'instruction seulement, n'entraîne d'autre déchéance que celle de prendre communication des titres et de contredire le règlement provisoire, et que toute aggravation de cette rigueur serait aussi arbitraire qu'injuste.

Comme on le voit donc, tout consiste à apprécier l'étendue des droits dont les créanciers sont privés par leur forclusion : ce qui nous ramène aux trois questions posées en tête de ce numéro.

Quant au droit d'intervenir dans le débat entre des contestants, nous ne concevons pas sur ce point de difficultés sérieuses. En ne contredisant pas le règlement provisoire les créanciers produisants en ont, implicitement, mais très certainement, admis les bases; on ne peut donc tirer en leur faveur aucun argument de la position des créanciers non produisants à l'égard desquels la même présomption n'existe pas. Nous n'entendons pas conclure de là qu'il est interdit à un créancier de se défendre quand on attaque sa collocation; son droit sur ce point ne pourrait être mis en doute. Mais il est sans intérêt et sans pouvoir pour se joindre à ceux qui contestent la collocation d'un tiers, aussi bien que pour la contester lui-même. S'il ne se présente que pour soutenir le règlement, nous ne voyons point par quels motifs il serait déclaré non recevable; mais hors de ce cas son intervention est inadmissible; c'est ce qu'ont jugé les Cours de cassation, dans l'arrêt cité par M. Carré sous la *Quest.* 2564, et de Metz, 15 fév. 1812 (*J. Av.*, t. 17, p. 215, et *J. P.*, 3ᵉ édit., t. 10, p. 121); il existe néanmoins des arrêts contraires, des Cours de Paris, 11 mars 1813 (*J. Av.*, t. 17, p. 240), et de Toulouse, 9 juin 1824 (*Ibid.*, t. 34, p. 248).

Lorsque le créancier forclos intervient pour la première fois sur l'appel du jugement rendu sur la contestation, il n'y a plus de distinction à faire à raison du parti qu'il se propose de soutenir. Il doit être dans tous les cas exclu, par cette considération qu'il ne lui est pas permis d'attaquer par la voie de l'intervention un jugement contre lequel il ne pourrait former tierce opposition. (*V.* nos questions sur les art. 466 et 474.) La jurisprudence est unanime dans ce sens : Paris, 24 prair. an XII, et 26 mars 1808 (*J. Av.*, t. 17, p. 110 et 134, et *J. P.*, 3ᵉ édit., t. 4, p. 45 et t. 6, p. 582), et Limoges, 5 juin 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 194).

Mais les règles de solution sont bien différentes, lorsqu'il est procédé à un nouveau règlement provisoire, par suite de l'annulation du premier; il ne serait alors ni juste ni légal que le créancier se trouvât privé du droit de contredire ; cela n'est pas légal disons-nous, car c'est attribuer à la déchéance prononcée par l'art. 756 une extension qu'elle ne comporte pas; cela est injuste, car le

créancier, qui pouvait avoir ses raisons pour approuver le premier règlement d'ordre et ne pas y contredire, ne sera plus dans la même position lorsque les bases auront été changées par le tribunal ou par la Cour.

Qu'il nous soit permis de citer à ce sujet quelques passages d'une consultation délibérée par MM. Merlin et Mailhe, dans une affaire pendante devant la Cour de Douai, dont nous mentionnons l'arrêt ci-dessous.

« Supposons, ont dit ces jurisconsultes, que les débats agités, soit devant le tribunal, soit en cause d'appel, aient donné lieu ou à une annulation, ou à une réduction de créances colloquées, et que cet événement laisse des fonds libres, les créanciers formellement rejetés de l'ordre ne pourront pas en profiter; mais les créanciers non colloqués et dont la collocation n'aura été omise par les juges que parce que, trouvant les fonds épuisés par les collocations déjà prononcées, ils ne se sont pas occupés de leur rang, auront évidemment le droit de demander qu'on leur en assigne un dans une nouvelle distribution, sans quoi le débiteur saisi ferait siens, au préjudice des véritables créanciers, les fonds restants; ce qui serait aussi absurde qu'inique.

« Que si les débats donnent lieu, comme dans l'espèce, à une décision souveraine qui change les bases de l'ordre, à une décision portant que la date des inscriptions hypothécaires doit servir d'unique règle aux collocations, les créanciers non colloqués sont incontestablement recevables à profiter de cette décision, attendu qu'ils n'ont été forclos que de la faculté d'élever des contestations nouvelles, après le mois qui a suivi l'ordre provisoire, et non pas de celle de faire valoir leurs droits, alors qu'il s'agit de statuer sur les effets des contestations élevées par d'autres créanciers dans le délai prescrit, d'autant plus que les juges auraient eu à s'en occuper, s'ils avaient complété leur œuvre au lieu de s'arrêter à une présomption d'épuisement de fonds à distribuer.....

« Ira-t-on jusqu'à prétendre que les créanciers qui n'ont point contesté ne sont pas recevables à participer à l'effet des changements que l'ordre doit subir, d'après l'arrêt rendu par la Cour royale entre les créanciers contestants?

« Mais un tel système rendrait inutile et sans objet le concours des créanciers postérieurs en ordre d'hypothèque, dont il s'agit dans l'art. 760, et qui ne peut s'entendre que des créanciers qui n'ont point contesté; le concours de ces créanciers est donc dans le vœu de la loi, et ce n'est pas en vain que la loi l'a voulu. »

MM. Berriat Saint-Prix et Demiau-Crouzilhac avaient donné une consultation dans le même sens.

La Cour de Douai, 4 janv. 1826 (*J. Av.*, t. 30, p. 364; DEVILL., 1836.2.140), a sanctionné cette doctrine; elle n'est pas contredite par un arrêt de Paris du 20 nov. 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 356), qui a repoussé le créancier forclos, dans une espèce où il voulait profiter d'un supplément de règlement, nécessité par une nouvelle production, pour élever un contredit; en effet le règlement supplémentaire ne dérange en rien l'ordre des créances tel qu'il a été fixé par le juge-commissaire, dès lors s'élève contre le créancier la fin de non-recevoir prise de son approbation implicite de cet ordre.

Il est donc juste de distinguer entre l'addition et le renouvellement du règlement pour décider si le créancier est ou non admissible à le contredire.

On voit que la solution de toutes les difficultés est dans le point de savoir si, en se présentant de rechef, le créancier a cherché à détruire directement ou indirectement les conséquences que la loi a tirées de son silence.]]

[[**2564** quinquies. *Le changement d'état du créancier sommé de prendre communication et de contredire serait-il un obstacle à la forclusion prononcée par l'art. 756?*

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 430, embrasse la négative sur cette question.

Cet auteur pense même que la mort du créancier ne donnerait pas à ses héritiers le droit d'invoquer le délai, qui leur est accordé par l'art. 174, Cod. proc. civ.; comme il s'agit ici d'une déchéance qu'on peut facilement éviter, sans être obligé de prendre qualité, c'est le cas, dit M. Pigeau, d'appliquer l'article 2259, Cod. civ., qui porte que la prescription courra pendant les trois mois pour faire inventaire et les quarante jours pour délibérer. S'il en était autrement un ordre serait interminable. Dans ce cas, néanmoins, le même jurisconsulte veut que, le jour de la notification du décès au poursuivant, il soit fait sommation aux héritiers de reprendre l'instance et de contester, si bon leur semble; mais cette nouvelle sommation ne devra être suivie que du délai nécessaire pour compléter le mois écoulé en partie avant le décès du créancier.

Cette solution nous paraît exacte, parce que l'instance contentieuse n'étant pas encore engagée, ainsi que nous l'avons dit, *Quest.* 2574 *bis*, le titre de la reprise d'instance ne serait pas applicable, de même qu'il n'y a pas lieu à péremption. C'est donc avec raison que M. Pigeau s'en réfère aux principes généraux de la prescription. Il en serait autrement si déjà un contredit avait été fait, il faudrait alors suivre la procédure en reprise d'instance. On remarquera que cette solution ne contrarie nullement celle que nous donnons, *Quest.* 2586 *quinquies*, puisque, dans cette dernière hypothèse il s'agit d'une instance contentieuse liée régulièrement.]]

2565. *Peut-on, après le délai fixé pour contredire, admettre à cet effet un créancier qui n'aurait pas été appelé au règlement d'ordre ?*

L'affirmative a été jugée par un arrêt de la Cour de Paris du 20 juill. 1811 (*J. Av.*, t. 17, p. 203, et *J. P.*, 3ᵉ éd., t. 9, p. 479). En effet, comme le fait observer M. Coffinières, la disposition des art. 754 et suiv. du Code a seulement pour objet les créanciers qui ont été sommés de produire à l'ordre, et, à l'égard des autres, il ne peut y avoir aucune forclusion.

[[Cette décision n'est pas douteuse. Du reste, la Cour royale de Paris a jugé avec raison, par arrêt du 26 avril 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 148), que lorsque tous les créanciers produisants n'ont pas été sommés de contredire l'état de collocation provisoire, l'ordonnance de clôture définitive est nulle relativement à ceux qui ne l'ont pas été; aucun délai fatal n'a pu courir contre eux.

V. notre *Quest.* 2576.]]

[[**2565** bis. *La forclusion prononcée par les art.* 755 *et* 756, *Cod. proc. civ., peut-elle être étendue aux créanciers chirographaires qui n'auraient pas été appelés à l'ordre?*

M. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 429, est d'avis que la forclusion prononcée par les art. 755 et 756, Cod. proc. civ., s'applique aux créanciers chirographaires, quoiqu'ils n'aient pas reçu de sommation. Ses motifs sont, 1° que, le mois expiré, la position des créanciers doit être définitivement fixée ; 2° que les créanciers chirographaires ne peuvent pas avoir plus de droits que les créanciers inscrits; 3° que l'ordre est une opération qui se fait publiquement, et dont il est facile d'être averti : c'est aux créanciers, qui doivent connaître la position de leur débiteur, à veiller à leurs droits.

Il ne nous paraît pas que, dans cette circonstance, cet estimable auteur se soit bien pénétré de l'esprit de la loi. Les dispositions qui règlent l'ordre et la distribution du prix de l'immeuble vendu ne prescrivent au poursuivant d'y appeler que les créanciers inscrits; les autres doivent donc être assimilés aux créanciers non produisants, qui ne sont pas astreints à contredire dans le délai de l'art. 755, comme nous l'avons dit sous la question précédente : la rai-

son de décider est la même puisqu'ils n'ont pas été avertis, et que par conséquent le délai de forclusion leur était inconnu. L'opinion de M. Pigeau doit donc être repoussée, et c'est ce qu'a fait la Cour de Rennes, le 22 mars 1821 (*J. Av.*, t. 17, p. 358, et *J. P.*, 3ᵉ édit., t. 16, p. 473).

Cette solution suppose que les créanciers chirographaires ont le droit d'intervenir dans une instance d'ordre, du moins avant la clôture définitive, et la Cour de cass., 10 avril 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 488), l'a reconnu aussi; mais en ce qui concerne l'objet de leur intervention, il s'est encore élevé des difficultés; M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 428, n'admet de contestation de leur part que celles qui portent sur le fond du droit; mais, pour contredire sur le rang des créances, l'intervention lui paraît inadmissible.

Il nous semble évident que les créanciers chirographaires doivent être autorisés à prendre part à toute espèce de contestation, parce qu'ils ont intérêt à ce qu'on ne classe pas parmi les hypothécaires des créances douteuses ou qui doivent être rangées au nombre des chirographaires. (*V.* notre *Quest.* 2563.)]]

[[**2565** ter. *Les créanciers appelés à l'ordre, mais qui n'ont pas produit dans le délai déterminé par l'art.* 754, *sont-ils compris dans la forclusion que prononce l'art.* 756?

La négative, adoptée par les Cours de Paris, 20 juill. 1811, 15 janv. 1813 (*J. Av.*, t. 17, p. 203 et 235; *J. P.*, 3ᵉ édit., t. 9, p. 479, et t. 11, p. 37), et 13 fév. 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 557); de Rouen, 13 août 1813 (*J. Av.*, t. 17, p. 259; DEVILL., *Coll. nouv.*, 3.2.527; 4.2.238; 353.1836.2.199), et de Poitiers, 9 juin 1837 (*J. Av.*, t. 54, p. 114), nous paraît indubitable. L'art. 755 ne parle que des créanciers *produisants*, et il n'est pas de la nature des peines qu'elles soient étendues d'un cas à un autre : d'ailleurs, l'art. 757 suppose que les créanciers qui n'ont pas produit dans le délai sont admis à se présenter ensuite, sauf à supporter les effets de leur négligence; or, comment une partie qui a le droit de produire n'aurait-elle pas dans le même temps celui de contester? Nous ne concevons pas de difficulté sérieuse sur ce point.]]

2566. *Comment se font les dires, et quel est leur objet?*

Les dires du saisi ou des créanciers sont consignés sur le procès-verbal d'ordre, à la suite de l'état de collocation. (*Voy.* art. 663, et la *Quest.* 2189.) Mais puisque l'art. 756 porte qu'il ne sera fait aucun dire s'il n'y a contestation, il est clair qu'on ne peut en consigner aucun sur le procès-verbal, s'il n'a pour objet de contester un des articles de l'état de collocation : toute autre observation, en effet, serait étrangère à l'ordre auquel on procède. (*Voy.*, sur les moyens de contredit du saisi et des créanciers, PIGEAU, p. 182, n° 3; p. 183, n° 4, et 259, n° 4.)

[[Il n'est pas nécessaire que les dires des créanciers soient faits en présence du juge-commissaire ou du greffier. Peuvent-ils être admis sur le procès-verbal déposé au greffe, même après les heures du barreau et jusqu'à minuit inclusivement? La Cour de cassation, le 27 fév. 1815, et la Cour de Rouen, le 28 déc. 1815, ont décidé l'affirmative (*J. Av.*, t. 17, p. 284; *J. P.*, 3ᵉ édit., t. 13, p. 196). Nous examinerons cette difficulté sous la *Quest.* 3415 *bis*.]]

[[**2566** bis. *Un contredit serait-il nul s'il n'était signé que par la partie et non par son avoué?*

La Cour de Dijon, par arrêt du 10 mars 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 37; *J. P.* 3ᵉ éd., t. 21, p. 1265), s'est prononcée pour la nullité, par le motif que c'est

un acte d'une instance régulière, et que tous les actes de procédure, devant les autorités judiciaires, doivent être faits et signés par les officiers ministériels institués près des tribunaux.

La question décidée par cet arrêt est fort importante. La décision de la Cour de Dijon nous paraît conforme aux véritables principes. Indépendamment des motifs qu'on lit dans l'arrêt, ne peut-on pas tirer un argument de l'art. 754, qui veut que la production soit signée par l'avoué? Il y a parité dans les deux cas : *ubi eadem ratio ibi idem jus.* D'ailleurs, l'art. 755 ne parle que d'actes d'avoué à avoué; et, au surplus, le juge-commissaire représente le tribunal, devant lui a lieu le commencement d'une *instance* lorsqu'un contredit est présenté (*Voy.* notre *Quest.* 2574 *bis*); le Tarif, art. 135, fixe les émoluments dus à l'avoué pour les contredits; il serait donc subversif des règles ordinaires de la procédure de permettre des contredits extrajudiciaires, s'il nous est permis de nous exprimer ainsi.

Cependant nous ne devons pas laisser ignorer que la Cour suprême, le 2 août 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 71, et *S.* 27.1.121), s'est prononcée pour l'affirmative sans en donner d'autres motifs, sinon qu'en validant un contredit non signé de l'avoué, mais attesté de la main du greffier, les premiers juges et ceux de la Cour royale de Limoges n'avaient pas fait une fausse application des art. 755 et 756; l'espèce présentait cette circonstance particulière que, postérieurement, le débiteur saisi avait déclaré s'approprier le contredit du créancier.]]

[[**2566** ter. *Un contredit est-il valable lorsqu'il contient seulement des réserves de contredire, sans indiquer nommément le créancier contre lequel il est dirigé?*

Cette question dépend beaucoup des circonstances. Lorsqu'un dire a été consigné sur le procès-verbal du juge-commissaire, M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 443, admet que le contestant peut développer et expliquer ses prétentions dans des conclusions signifiées, qui ne doivent cependant être que le développement du contredit, et ne peuvent avoir pour objet de nouvelles demandes. Mais lorsqu'on élève, dans des conclusions ou à l'audience, des difficultés qui ne sont pas consignées dans le procès-verbal du juge-commissaire, elles ne peuvent, suivant le même auteur (*ubi suprà*), trouver place dans les discussions qui existent entre les créanciers. « La raison en est évidente, dit M. Pigeau; il faut que le procès-verbal présente, soit au juge-commissaire, soit au tribunal, soit aux parties intéressées, le tableau de la position de tous les créanciers. Tel aurait contesté, qui garde le silence, parce que le résultat du travail provisoire et des contredits rend inutiles ses contestations. » D'après cela, il est clair que la réserve de contredire, lorsqu'elle ne précise pas l'objet du contredit et ne désigne même pas celui contre lequel il sera plus tard dirigé, doit être considérée comme étrangère au procès-verbal, et qu'en conséquence on ne doit pas s'y arrêter. C'est effectivement ce qu'ont jugé deux arrêts de la Cour royale de Lyon des 8 et 30 juillet 1823 (*J. Av.*, t. 17, p. 365; *J. P.*, 3e édit., t. 18, p. 19 et 79).]]

[[**2566** quater. *Le créancier, colloqué au dernier rang dans un ordre, qui a contesté la créance du premier en rang utile et l'a fait rejeter, a-t-il le droit de venir au lieu et place de celui-ci, si les autres créanciers, placés avant lui, n'ont pas contredit?*

La négative ne peut souffrir de difficulté; en effet, le jugement qui rejette une créance de l'ordre ne change pas la nature des priviléges attachés à chacune des autres. La loi a donné aux divers créanciers le droit de contredire, parce qu'il peut arriver qu'une seule créance écartée, toutes les autres soient

colloquées utilement. Si ceux qui sont placés avant le contestant ont gardé le silence, c'est parce qu'ils croyaient sans doute venir en rang utile; dans tous les cas, la loi n'a établi nulle part cette subrogation qui répugne à tous les principes: en ce cas, le créancier contredisant obtiendra les dépens, parce qu'il a fait une chose utile à la masse, mais là se bornera son avantage. Nous citerons dans ce sens deux arrêts, rendus le 24 juin 1823, par la Cour d'Amiens (*J. Av.*, t. 35, p. 153), et le 27 décembre 1825, par la Cour de cassation (*J. Av.*, t. 33, p. 32; *S.* 27.1.218, et *J. P.*, 3e édit., t. 19, p. 1085).

Du reste, la Cour de Grenoble a décidé, avec beaucoup de raison, le 11 déc. 1832 (*Journ.* de cette Cour, t. 6, p. 559), que le créancier qui se trouve colloqué dans un rang antérieur, n'est pas recevable à contredire la collocation des créanciers qui ne se trouvent placés que dans un rang postérieur; il existe une décision semblable de la Cour de cassation, en date du 15 janvier 1828 (*J. P.*, 3e éd., t. 21, p. 1015).

Cette dernière Cour a aussi jugé, le 10 janvier 1815 (*J. Av.*, t. 17, p. 279), que le débiteur sur lequel il est procédé à l'ordre n'a pas qualité pour se plaindre de ce qu'un créancier a été colloqué avant d'autres, qui, selon lui, devaient le primer. La décision paraît juste; qu'importent, en effet, au débiteur les questions d'antériorité, pourvu que le prix de la vente soit utilement employé à sa libération? Il n'a pas le droit de se plaindre parce qu'il n'a pas intérêt à le faire. (*Voy.* notre *Quest.* 2563 *bis.*)]]

Art. 757. Les créanciers qui n'auront produit qu'après le délai fixé supporteront sans répétition, et sans pouvoir les employer dans aucun cas, les frais auxquels leur production tardive, et la déclaration d'icelle aux créanciers à l'effet d'en prendre connaissance, auront donné lieu. Ils seront garants des intérêts qui auront couru, à compter du jour où ils auraient cessé si la production eût été faite dans le délai fixé.

Tarif 136. — Cod. de proc., art. 767, 770, 774. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Ordre*, nos 91 et 474. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 180 à 185.

Questions traitées : Est-il un terme passé lequel les créanciers qui n'ont pas produit dans le délai deviennent définitivement non recevables à produire ultérieurement? *Q.* 2567. — Le créancier qui, après avoir produit ses titres à l'ordre, les a retirés avec l'autorisation du juge-commissaire, peut-il être déclaré forclos si ces titres ne se trouvent pas entre les mains du juge-commissaire, lors de la clôture de l'ordre? *Q.* 2567 *bis*. — Le créancier qui n'aurait pas produit, parce qu'il aurait été omis dans le certificat du conservateur, pourrait-il être admis à faire sa production postérieurement à la clôture de l'ordre? *Q.* 2568. — Les créanciers qui produisent tardivement peuvent-ils se borner, d'après le texte de l'art. 757, à déclarer leur production aux autres? *Q.* 2569. — Que signifient ces mots de l'art. 757 : *supporteront, sans répétition, et sans pouvoir les employer dans aucun cas, les frais, etc.? Q.* 2570 (1).]

DX. Tant que l'ordre n'est point clos, il serait injuste de rejeter un créancier, parce qu'il se présenterait après les délais indiqués; mais il serait également

(1) **Jurisprudence.**

[Nous pensons que :

1° Le créancier qui, n'ayant pas produit ses titres lors du règlement provisoire, a été colloqué pour mémoire, doit être rayé de l'état définitif, quoique sa créance n'ait pas été contestée. (Bourges, 7 juill. 1830, *J. Av.*, t. 44, p. 220. *J. P.* 3e éd., t. 23, p. 662.)

2° La partie colloquée dans un ordre pour une somme déterminée résultant d'un compte non liquidé, mais qui doit l'être dans un délai fixé par le juge, n'est point forclose par la non-liquidation du compte à l'expiration du délai; mais les autres créanciers peuvent intervenir pour en hâter la conclusion. (Metz, 15 nov. 1827, *Journ.* de cette Cour, t. 5, p. 751.)]

injuste de ne pas lui faire supporter et les frais auxquels sa production tardive aurait donné lieu, et les intérêts que le retard aurait fait courir. C'est ce qui est réglé par l'art. 757.

2567. *Est-il un terme passé lequel les créanciers qui n'ont pas produit dans le délai deviennent définitivement non recevables à produire ultérieurement?*

Tant que l'ordre n'est pas clos, ces créanciers peuvent se présenter, en remplissant les conditions prescrites par l'art. 757. Mais si, au contraire, l'ordre est clos, soit en partie, dans le cas prévu par l'art. 758, soit en totalité, dans celui de l'art. 759, ils ne peuvent être admis à produire dans le premier cas, qu'afin d'être colloqués après ceux qui l'ont été, s'ils ont touché le montant de leur collocation; et dans le second, ils ne sont plus recevables, puisque la déchéance a été prononcée contre eux par le juge-commissaire. (*Voy.* TARRIBLE, p. 680; PIGEAU, t. 2, p. 258, et surtout la *Quest.* 2573.)

[[Plusieurs arrêts ont fait l'application de ces principes incontestables, qui ne sont qu'une conséquence de la solution que nous avons donnée sur la *Quest.* 2565 *ter.* Ainsi un arrêt de Paris, du 30 août 1808 (*J. Av.*, t. 17, p. 140), a admis la production après le règlement provisoire de l'état de collocation, la Cour de Riom, le 7 juin 1817 (*Ibid.*, p. 332), a déclaré qu'on devait l'admettre jusqu'à la clôture définitive. La Cour de Grenoble a jugé, le 24 déc. 1823 (*Ibid.*, p. 369), que le créancier qui n'a pas contredit l'ordre provisoire dans le délai légal, peut en tout état de cause former une demande en collocation en sous-ordre, mais qu'il est non recevable à demander la réformation de l'ordre. On peut voir aussi deux autres décisions: l'une, de Rouen, du 30 déc. 1814, l'autre, de Limoges, du 5 juin 1817 (*J. Av.*, t. 17, p. 276 et 331, et *J. P.* 3e éd., t. 12, p. 514, et t. 14, p. 267). Ces arrêts rentrent tous dans la première partie de la distinction proposée par M. Carré, et font au créancier dont la production est tardive l'application du principe qui le rend passible des frais et intérêts auxquels sa négligence donne lieu. M. DALLOZ, t. 10, p. 823, n° 5, donne son approbation à cette jurisprudence.

M. FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 58, est d'avis que, lorsqu'un créancier produit après la confection de l'état provisoire de collocation, le juge-commissaire est tenu d'en dresser un autre; c'est ainsi qu'on l'avait entendu à la section du Tribunat, lors de la discussion du projet, et c'est ainsi qu'on doit le pratiquer.]]

[[**2567** bis. *Le créancier qui, après avoir produit ses titres à l'ordre, les a retirés avec l'autorisation du juge-commissaire, peut-il être déclaré forclos si ces titres ne se trouvent pas entre les mains du juge-commissaire lors de la clôture de l'ordre?*

La négative est certaine, surtout si le créancier a fait ses réserves. Il serait injuste d'interdire, d'une manière absolue, au créancier la faculté de retirer ses pièces produites, lorsqu'il peut en avoir ailleurs un besoin urgent. Le juge-commissaire appréciera ses raisons, et prendra les mesures nécessaires pour que les tiers à qui communication est due ne soient pas frustrés de leur droit; avant de livrer les titres, il les appréciera lui-même pour faire la collocation, enfin il veillera à ce qu'aucun intérêt ne soit en souffrance, et que la procédure d'ordre, urgente de sa nature, ne soit pas ralentie dans sa marche. Si ce but lui paraît impossible à atteindre, il refusera son autorisation et alors le créancier, s'il n'en tient compte, pourra être forclos. Dans le cas contraire, il

n'y aura pas lieu à forclusion, et c'est ce qu'a jugé la Cour de cass., le 15 mars 1815 (*J. Av.*, t. 17, p. 288, et *J. P.*, 3e édit., t. 12, p. 636).]]

2568. *Le créancier qui n'aurait pas produit, parce qu'il aurait été omis dans le certificat du conservateur, pourrait-il être admis à faire sa production postérieurement à la clôture de l'ordre?*

Nous décidons cette question suivant les distinctions que nous avons établies sur la *Quest.* 2336 [2403, t. 5, p. 636]. Ainsi, l'on n'admettra pas la production, si l'omission provient de la faute du conservateur seul, sauf le recours du créancier vers lui (*V.* Cod. civ., art. 2198) ; mais elle sera reçue si c'est par la faute du poursuivant que ce créancier n'a pas été appelé, ainsi qu'il a été décidé relativement à la forclusion pour contredire. (V. *Quest.* 2565.)

[[Cette distinction semble juste. *V.* d'ailleurs nos observations sur les questions précédentes.]]

2569. *Les créanciers qui produisent tardivement peuvent-ils se borner, d'après le texte de l'art.* 757, *à déclarer leur production aux autres?*

L'article porte qu'ils font cette déclaration aux créanciers, *à l'effet que ceux-ci en prennent connaissance;* c'est pourquoi l'art. 136 du Tarif veut que cette déclaration contienne sommation de prendre communication et de contredire.

[[Cela ne nous paraît pas susceptible de difficulté.]]

2570. *Que signifient ces mots de l'art.* 757, SUPPORTERONT SANS RÉPÉTITION, ET SANS POUVOIR LES EMPLOYER DANS AUCUN CAS, LES FRAIS, *etc.?*

Ils signifient [[incontestablement]] que les créanciers qui produisent tardivement ne pourront répéter les frais de cette production, ni dans l'ordre, *ni même contre le débiteur;* car, en rejetant ces frais sur celui-ci, on le punirait contre toute justice d'un événement qu'il n'a pu empêcher (1).

ART. 758. En cas de contestation, le commissaire renverra les contestants à l'audience, et néanmoins arrêtera l'ordre pour les créances antérieures à celles contestées, et ordonnera la délivrance des bordereaux de collocation de ces créanciers, qui ne seront tenus à aucun rapport à l'égard de ceux qui produiraient postérieurement (1).

Loi du 11 brum. an VII, art. 35, *in fine.* — Cod. de proc., art. 666, 771. — [Notre Dict. gén. de proc., vº *Ordre*, nos 19, 26, 59, 60, 101, 130, 169, 172, 221, 406 *bis.* — Devilleneuve, *eod. verb.*, nos 86 à 101. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 322 à 340. — Locré, t. 22, p. 237 et 238.

QUESTIONS TRAITÉES : Le créancier qui n'a pas contredit au procès-verbal de collocation provisoire, avant la dénonciation de l'audience, le peut-il faire à l'audience même, sans qu'on puisse lui opposer la forclusion? Le créancier qui a contredit peut-il former à l'audience des demandes qui n'auraient pas été consignées sur le procès-verbal du juge? *Q.* 2571. — Lorsque le commissaire a renvoyé les contestants à l'audience, une partie qui, dans un contredit sur le procès-verbal, a prétendu avoir des créances antérieures en hypothèque à celles des autres créanciers, peut-elle, sans produire les titres constitutifs de ces prétendues créances et hypothèques, retarder la collocation des créanciers, dont elle ne conteste, d'ailleurs, ni la légitimité ni l'hypothèque de la créance? *Q.* 2572. — Tant que les créanciers colloqués aux termes de l'art. 758 n'ont pas touché le montant de leur collocation, les créanciers qui produiraient ultérieurement pourraient ils, sauf les peines portées en l'art. 754, s'opposer à leur paiement, s'ils prétendaient devoir être colloqués avant eux? *Q.* 2573.—

---

(1) *Voy.* relativement aux intérêts dont les créanciers qui produisent tardivement sont garants, les questions traitées sur l'art. 767.

Lorsqu'en cas de contestation, il y a une première clôture d'ordre, et que le poursuivant s'y trouve compris, doit-il rester partie sur les poursuites ultérieures ou être remplacé ? *Q.* 2574. — La péremption peut-elle être demandée en matière d'ordre ? En cas d'affirmative, quels sont les effets du jugement qui la prononce? *Q.* 2574 *bis* (1).]

DXI. S'il y a des contestations, elles peuvent ne s'élever qu'entre des créanciers qui ne seraient pas des premiers en ordre d'hypothèques. Ces contestations ne peuvent arrêter ni retarder le paiement des créanciers qui les précèdent, et c'est pourquoi l'art. 758 décide que ces créanciers seront payés, sans être tenus à aucun rapport envers ceux qui produiraient postérieurement.

2571. *Le créancier qui n'a pas contredit au procès-verbal de collocation provisoire avant la dénonciation de l'audience, le peut-il faire à l'audience même, sans qu'on puisse lui opposer la forclusion?*

[[*Le créancier qui a contredit peut-il former à l'audience des demandes qui n'auraient pas été consignées sur le procès-verbal du juge?*]]

Nul doute, comme la Cour de cassation l'a décidé, par arrêt du 15 juin 1820 (*S.* 21.1.28; *J. Av.*, t. 17, p. 356, et *J. P.*, 3e édit., t. 15, p. 1048), que si l'audience a été dénoncée avant l'expiration du délai, le créancier peut être admis, pour contester à cette audience, puisque la forclusion n'est pas acquise contre lui. Ce serait une erreur de croire que l'art. 755 ne dispose que pour le cas où l'audience *n'aurait pas été dénoncée* avant le mois qu'il accorde pour contredire, et que ce ne serait qu'alors seulement que les créanciers pourraient invoquer le bénéfice de ce délai.

Mais nous pensons que si l'audience avait été dénoncée à l'expiration du délai, le créancier *qui n'eût pas contredit* ne pourrait être admis à le faire à l'audience, 1° parce que l'art. 758 ne prescrit le renvoi à l'audience qu'à l'égard des contestants : or, ce créancier n'a pas contesté; 2° parce que la forclusion est acquise contre lui, et que le renvoi à l'audience des seuls contestants, dont il ne fait pas partie, ne peut produire l'effet de le relever de cette déchéance.

On pourrait croire le contraire, si l'on s'arrêtait à la rédaction de la proposition établie par l'arrêtiste, en tête de l'arrêt que nous venons de citer. En effet, il suppose par ce mot *d'ailleurs* que le créancier qui n'a pas contesté serait, indépendamment de la considération que le renvoi à l'audience eût été dénoncé avant le délai, recevable à le faire à cette audience, tandis que l'arrêt n'a d'autres motifs que cette seule considération.

[[M. Carré émet ici une opinion conforme à celle que nous avons adoptée

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Le créancier qui s'est borné d'abord à soutenir le défaut d'existence d'une autre créance ne se rend pas non recevable à soutenir ensuite que l'hypothèque attachée à cette créance est la dernière en date. Cass. 1er mai 1815 (*J. Av.*, t. 17, p. 191; *J. P.*, 3e éd., t. 12, p. 704).

2° Il ne peut s'opérer une compensation à l'égard du créancier hypothécaire qui s'est rendu adjudicataire de l'immeuble entre le prix de son adjudication et le montant de sa créance, contestée dans l'ordre, de telle sorte qu'on soit fondé à prétendre que cette créance se trouve éteinte à son insu, et qu'il est non recevable à en réclamer le montant dans un autre ordre. Paris, 31 août 1815 (*J. P.*, 3e éd., t. 13, p. 63).

3° Lorsque le cessionnaire d'une créance a produit dans un ordre sous le nom de son cédant, si on conteste que le cédant soit créancier actuel, et que cela soit avoué par lui, le cessionnaire peut et doit même intervenir en tout état de cause pour faire maintenir la collocation à son profit. Metz, 3 avril 1827. (*Journ.* de Metz, t. 5, p. 661.)

4° L'intention manifestée de se présenter à un sous-ordre, pour produire quelque effet, doit être réalisée par un dire au procès-verbal, avant la clôture de l'ordre. Bourges, 6 juin 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 317).]

et développée sous le n° 2564 *quater*, puisque nous avons établi que les créanciers forclos du droit de contredire ne peuvent, en général, profiter du bénéfice des contredits formés par d'autres créanciers. Nous croyons inutile d'entrer ici dans de nouveaux développements, il nous suffira de renvoyer à cette question.

La conséquence de cette décision, c'est qu'on ne peut former à l'audience des demandes qui ne seraient pas consignées dans le procès-verbal du juge-commissaire. Ainsi, dit avec raison M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 427, il faudrait rejeter sans hésitation tous les contredits formés par des conclusions nouvelles et séparées, lors même qu'elles seraient signifiées dans le mois accordé pour contredire. La question a été résolue en ce sens par les Cours de Nîmes, 24 août 1819 (*J. Av.*, t. 17, p. 349); de Bordeaux, 25 mars 1830 (*Journ.* de cette Cour, p. 234), et d'Aix, 30 nov. 1833 (*J. Av.*, t. 47, p. 454).

De même les créanciers qui ont reconnu le privilége accordé à un autre créancier dans un règlement provisoire, sont non recevables à le contester ensuite devant le tribunal; c'est une autre application de notre principe, sanctionnée par les Cours de Paris, 21 janv. 1813 (*J. Av.*, t. 17, p. 239), et de Bordeaux, 15 déc. 1826 (*Ibid.*, t. 33, p. 309).

Il est du reste évident, comme l'a reconnu la Cour de Montpellier, 22 déc. 1837 (*J. Av.*, t. 55, p. 679), que le créancier peut, à l'audience, présenter à l'appui de sa prétention tous les moyens qui lui sont favorables, bien qu'ils ne soient pas énoncés dans son contredit; enfin, il faut admettre avec la Cour de Trèves, 14 mars 1808 (*J. Av.*, t. 17, p. 134), que rien n'empêche de demander la rectification du procès-verbal d'ordre, et c'est dans ce cas le tribunal devant lequel l'ordre s'est ouvert qui est compétent pour connaître de la réclamation.]]

2572. *Lorsque le commissaire a renvoyé les contestants à l'audience, une partie qui, dans un contredit sur le procès-verbal, a prétendu avoir des créances antérieures en hypothèque à celles des autres créanciers, peut-elle, sans produire les titres constitutifs de ces prétendues créances et hypothèques, retarder la collocation des créanciers, dont elle ne conteste, d'ailleurs, ni la légitimité, ni l'hypothèque de la créance?*

Cette question s'est présentée dans une espèce où le contestant prétendait avoir, contre la succession du propriétaire de l'immeuble dont le prix était à distribuer, une action à raison d'une gestion de tutelle dont il n'avait pas rendu compte; créance pour laquelle il eût primé tout autre créancier, et qui était l'objet d'une demande qui était encore en *litispendance*.

Le créancier contesté maintenait que le propriétaire était libéré, et il faisait observer d'ailleurs que sa créance, colloquée en premier rang dans l'ordre, était certaine, non contestée et résultant d'un acte authentique; qu'il n'y avait par conséquent aucun motif d'en retarder le remboursement, à cause d'une prétention dénuée de titre.

De là naissait la question que nous venons de poser et sur laquelle, par jugement du 6 janv. 1817, le tribunal civil de la Seine (*J. Av.*, t. 17, p. 166), a prononcé que la provision étant due au titre du créancier contesté contre une prétention dont la poursuite était suspendue depuis longtemps et non jugée, l'état de collocation dressé par le commissaire devait être définitivement arrêté pour être exécuté suivant sa forme et teneur.

Nous croyons cette décision bien fondée, attendu, comme le dit M. Coffinières, que l'instance, une fois engagée entre les créanciers qui ont produit et contesté, doit être poursuivie avec toute la promptitude que leur intérêt commande; que, par conséquent, ils ne peuvent chercher à établir autrement que par des

actes formels les créances pour lesquelles ils n'ont pas été colloqués, et retarder ainsi le remboursement des autres créanciers.

Mais, disions-nous dans notre *Analyse*, *Quest.* 2360, il ne faut pas séparer d'une semblable décision les mesures qu'il convient de prendre suivant les circonstances, afin de conserver les droits de la partie qui conteste, et c'est aussi la précaution que le tribunal de la Seine crut, avec raison, devoir prendre par le jugement précité, en n'autorisant le créancier colloqué à ne toucher de l'acquéreur le montant de la collocation qu'en fournissant préalablement caution, et en fixant, afin de rendre certains les droits du créancier contesté, un délai pour faire prononcer définitivement sur l'objet de sa contestation, à l'expiration duquel la caution serait déchargée purement et simplement de l'effet de ce cautionnement.

On ne peut contester sans doute que cette sage précaution concilie tout à la fois, et le vœu de la loi pour le prompt règlement des droits des créanciers parties dans un ordre, et les intérêts respectifs de ces créanciers.

[[Nous partageons entièrement cette manière de voir, qui est également celle de M. DALLOZ, t. 10, p. 828, n° 6.]]

2573. *Tant que les créanciers colloqués aux termes de l'art.* 758 *n'ont pas touché le montant de leur collocation, les créanciers qui produiraient ultérieurement pourraient-ils, sauf les peines portées en l'art.* 757, *s'opposer à leur paiement, s'ils prétendaient devoir être colloqués avant eux?*

M. DELAPORTE, t. 2, p. 343, dit que, d'après la disposition finale de l'art. 758, les créanciers produisant trop tard ne peuvent exiger *aucun rapport*, encore bien qu'ils fussent antérieurs en hypothèque; qu'il suit évidemment de ces mots, *aucun rapport*, que, tant que les créanciers colloqués n'ont pas touché, le créancier antérieur en hypothèque qui produit, quoique tardivement, peut s'opposer à leur paiement, en subissant les peines prescrites par l'art. 757.

M. DEMIAU-CROUZILHAC, t. 2, p. 469, est du même avis. Il accorde aux créanciers qui produiraient tardivement la faculté de former opposition à la délivrance des bordereaux ou au paiement, en dénonçant leur production, et en offrant d'acquitter les dépens nécessités par cette production tardive.

Quoi qu'il en soit, nous avons entendu soutenir qu'il ne fallait point s'attacher aussi rigoureusement aux termes de l'art. 758, mais s'attacher à son intention, qui est de considérer l'ordre comme absolument clos, relativement aux créances antérieures non contestées, de manière que la collocation de ces créances ne pourrait éprouver désormais aucun changement.

On s'appuyait du passage suivant de M. TARRIBLE, p. 680 : « Dans le cas où la contestation ne tombe que sur des créances colloquées au second rang ou aux rangs ultérieurs, le commissaire ordonne la délivrance des bordereaux aux créanciers dont les créances sont antérieures à celles contestées; *l'ordre est définitivement clos à leur égard; il ne reste suspendu qu'à l'égard du premier des créanciers dont la créance est contestée et aux ultérieurs.* Les créanciers qui n'ont pas fait leur production pourront la faire encore jusqu'à la clôture définitive, et demander leur collocation, *mais seulement parmi ceux dont la collocation n'est pas encore arrêtée, et sur les fonds qui restent après la déduction de ceux délivrés aux créanciers antérieurs.* »

Nous convenons qu'il paraît résulter de ce passage que M. Tarrible professerait une opinion contraire à celle des deux commentateurs que nous avons cités. On pourrait prétendre, néanmoins, qu'en disant que les créanciers tardifs ne peuvent être colloqués que sur les fonds qui restent après la déduction de ceux *délivrés*, il aurait entendu parler du *paiement effectif* des créanciers antérieurement colloqués; car autre chose est *la délivrance des bordereaux*, au-

tre chose est *la délivrance des fonds.* Mais nous convenons qu'il serait difficile de concilier cette interprétation avec ce que M. Tarrible a dit auparavant.

Dans ce conflit d'opinions, nous croyons pouvoir adopter le sentiment de MM. Demiau-Crouzilhac et Delaporte. Il est fondé sur le texte de la loi, car on ne rapporte que ce qu'on a reçu, et il ne nous semble point contraire à son intention. En effet, elle a pu vouloir que l'ordre fût clos, relativement aux créanciers antérieurs à la première créance contestée, mais le vouloir sous la condition que les créanciers qui n'ont pas encore produit puissent être colloqués, si l'entière excution des collocations des autres n'a pas encore eu lieu par le paiement. Nous croyons le prouver par la disposition de l'art. 759, qui, pour le cas où il ne s'élève aucune contestation, et où il s'agit conséquemment de clore l'ordre définitivement et sans retour, prescrit au juge-commissaire de prononcer la déchéance des créanciers non produisants : d'où il suit qu'en ce cas ceux-ci ne peuvent, même dans l'intervalle de cette clôture définitive au paiement, produire et être colloqués.

Mais lorsqu'il n'y a qu'une clôture partielle, comme dans l'espèce de l'art. 758, le juge-commissaire ne prononce point contre les créanciers la forclusion de produire ultérieurement, afin d'être colloqués, au préjudice de ceux qui l'ont déjà été : cet article admet, au contraire, et sans distinction, les créanciers qui n'ont pas produit à le faire ultérieurement, avec la seule restriction résultant de ce que les premiers ne sont sujets *à aucun rapport;* ce qui suppose qu'il faut qu'ils aient reçu le montant de leur collocation, pour que les autres ne puissent plus se faire colloquer que respectivement aux créanciers dont les créances ont été contestées.

On demandera quel est le motif pour lequel le législateur aurait entendu décider ainsi; mais nous croyons le trouver dans la considération que les choses sont entières aussi longtemps que les créanciers entre lesquels l'ordre a été réglé et arrêté n'ont pas touché le montant de leur collocation, tandis qu'au moment où ils l'ont touché, il serait injuste d'exiger qu'il fût fait un rapport à des créanciers qui ont à s'imputer la faute de n'avoir pas prévenu cette exécution de la partie du règlement d'ordre qui a été arrêté, en produisant, et en s'opposant à l'acquit des collocations. D'ailleurs, comme nous l'avons dit sur la *Quest.* 2478, d'après l'art. 1377. Cod. civ., le créancier, par suite du paiement, aurait pu supprimer son titre.

Tels sont les motifs de décider que nous présentons en faveur du sentiment de M. Delaporte et de M. Demiau-Crouzilhac, sans avoir dissimulé les objections que l'on peut faire. Le texte de la loi nous a paru clair; nous avons assigné la raison sur laquelle il nous semble fondé : c'est au lecteur éclairé à juger entre les diverses considérations qui militent pour ou contre l'opinion que nous avons adoptée.

Si ce n'était pas la mieux fondée, on sent que les expressions imprimées en italiques dans la réponse à la *Quest.* 2567, devraient être considérées comme non écrites, parce qu'elles supposent la solution que nous venons de donner sur celle-ci.

[[Nous avons très peu de chose à ajouter aux développements et aux raisons si concluantes données par M. Carré à l'appui de sa décision. Nous ferons seulement observer qu'il s'agit ici d'une déchéance contre les créanciers non produisants, et d'une déchéance que ne prononce aucun texte de loi. Tout, au contraire, dans l'art. 758, semble se refuser à son admission, et la disposition d'après laquelle l'ordre, en cas de contestation, sera arrêté *pour les créances antérieures*, ce qui suppose qu'il n'est pas arrêté pour les autres, et l'expression si explicite de *rapport*, qui suppose nécessairement un paiement; or les déchéances étant de droit étroit ne peuvent être prononcées en dehors des cas où elles sont encourues. Du reste, la difficulté s'étant présentée devant les tri-

bunaux, a été résolue dans le sens de l'opinion de M. Carré, par les Cours de Colmar, 13 mars 1817, et de Rouen, 13 août 1813 (*J. Av.*, t. 17, p. 321; *J. P.*, 3e éd,, t. 14, p. 131, et t. 11, p. 632; DEVILL., *Collect. nouv.*, 4.2.353, 5.2.250). Ce dernier arrêt contient des motifs remarquables.]]

2574. ***Lorsqu'en cas de contestation, il y a une première clôture d'ordre, et que le poursuivant s'y trouve compris, doit-il rester partie sur les procédures ultérieures ou être remplacé?***

Le poursuivant étant désintéressé dans ce cas, nous pensons, comme M. LEPAGE, dans ses *Questions*, p. 514 et 515, que ce poursuivant n'a plus rien à faire, et qu'il n'est pas besoin de lui subroger une autre partie. En effet, il ne reste qu'à prononcer par le tribunal entre les seules parties qui sont en contestation; et après son jugement, le juge-commissaire n'a plus qu'à faire la dernière clôture de l'ordre : d'où il suit qu'il n'est pas besoin de poursuivant, dont le rôle est terminé aussitôt que les délais pour prendre communication et contredire sont expirés.

Mais si l'on admettait l'opinion que nous avons adoptée sur la question précédente, il faudrait décider que le poursuivant continuerait d'agir en sa qualité sur l'opposition qu'un créancier qui n'aurait pas produit ferait à la délivrance des bordereaux ou au paiement.

[[L'opinion de M. Carré nous paraît bien fondée; les dispositions des art. 667 et 760 fournissent d'ailleurs une puissante induction en sa faveur. *Voy.* au surplus notre *Quest.* 2578.]]

[[**2574** bis. *La péremption peut-elle être demandée en matière d'ordre? En cas d'affirmative, quels sont les effets du jugement qui la prononce?*

Pour qu'une procédure puisse être frappée de péremption, il faut qu'elle soit contradictoirement liée, et qu'elle soit soumise à une marche de procéder contentieuse.

Aussi ne concevrait-on pas de péremption d'un commandement, si l'art. 674 ne le déclarait formellement; encore, décidons-nous, *Quest.* 2220, que le commandement, périmé comme acte devant précéder une saisie immobilière, ne l'est pas pour une autre nature d'exécution.

Il n'y a pas non plus de péremption applicable à la procédure toute spéciale relative à l'examen des créances sur un failli, au contrat d'union, au concordat, etc.

Par identité de raisons, nous n'admettons pas la péremption, en principe, lorsqu'il s'agit d'un ordre à l'occasion duquel n'a encore surgi aucune contestation. L'ordre est provoqué (art. 750); l'ordonnance du juge commis dont parle l'art. 752 peut intervenir dix ans après la réquisition. — L'ordre est ouvert; les créanciers seront sommés dans le délai qui conviendra au poursuivant, si aucun créancier n'est plus pressé que lui; dans la suite de la procédure, des délais spéciaux sont indiqués, mais ils sont comminatoires, car, dit l'art. 757, les créanciers peuvent produire même apres les délais. Au juge-commissaire incombe la mission de clore l'ordre : si cette clôture n'est pas prononcée, c'est au créancier le plus diligent à la requérir; mais nul n'a le droit de demander la péremption d'une procédure qui se suit sans contestation et qui n'a pas encore revêtu le caractère de *contentieux.*

On ne pourrait pas nous opposer l'opinion que nous avons émise, t. 5, p. 439, *Quest.* 2221, parce qu'en matière de saisie immobilière, il y a *discussion* contentieuse liée avec le saisi, ni celle qu'on peut lire, t. 3, p. 412, *Quest.* 1427 *ter*,

parce que la demande en licitation engage entre les parties une contestation de même nature.

Supposons maintenant qu'il y ait eu contredit, c'est-à-dire contestation (article 755 et 758). Cette contestation spéciale est alors sujette à péremption, comme le serait une contestation qui s'élèverait entre les créanciers d'une faillite sur la vérification de leurs créances. Le délai de trois ans commencera à courir du jour du contredit de chacun des créanciers contestants.

Cette contestation terminée par un jugement passé en force de chose jugée, l'ordre revient à son état normal de procédure non contentieuse, et, si le juge-commissaire n'a pas obéi dans le délai de trois années aux prescriptions de l'art. 767, la péremption ne pourra pas être demandée.

Le 6 mars 1839 (*J. Av.*, t. 56, p. 373), la Cour de Pau a confirmé un jugement du tribunal civil de Bayonne qui avait rejeté une péremption demandée sur une procédure de contredit renvoyée à l'audience. Les motifs sur lesquels se sont fondés ce tribunal et cette Cour ne nous paraissent pas déterminants. En effet, il est inexact de soutenir qu'en pareille matière il n'y a ni *demandeurs* ni *défendeurs*. Celui qui poursuit un ordre n'est pas un demandeur proprement dit, puisqu'il n'y a pas de procédure contentieuse engagée; le véritable demandeur est donc celui qui contredit et qui engage le litige par son contredit. Nous ne voyons pas comment les règles de la procédure d'ordre rendent la péremption impossible. Sa nature et son objet n'y répugnent nullement. Et de ce que la péremption n'éteint pas l'action, l'arrêt de la Cour de Pau nous paraît avoir tiré une conséquence bien erronée, en disant que la péremption était contraire à la célérité que la loi s'est proposé d'admettre. Lorsque nous parlerons des effets de la péremption, on apercevra le vice de ce raisonnement. Quand d'ailleurs on a laissé passer trois ans, sans faire régler les droits respectifs des créanciers, les parties ont attaché fort peu de prix à la célérité que leur avait ménagée la sagesse du législateur.

Enfin, le motif le moins fondé nous a paru être celui-ci : « Le législateur n'a « pas négligé d'appliquer les déchéances et forclusions aux lois qui lui en ont « paru susceptibles. » D'où il résulterait que la péremption ne serait applicable à une instance qu'autant qu'une loi l'aurait dit, tandis que le principe contraire est incontestable. Le délai fixé par le Code, au titre de la péremption, est le délai général habituel, le plus long, à moins que, dans un cas spécial, la loi n'ait établi une forclusion particulière.

La doctrine de la Cour de Pau irait-elle jusqu'à faire rejeter la péremption même en Cour d'appel? Les raisons de décider qu'on lit dans son arrêt le feraient supposer; mais ce serait alors une erreur par trop évidente, car il nous paraît certain que, sur l'appel, la péremption doit être accueillie sans qu'il puisse s'élever le plus léger doute.

Quant aux effets de la péremption, telle que nous l'admettons en première instance, du moment que le contredit est le premier acte de la procédure qui nous paraît seule susceptible de tomber en péremption, ce premier acte doit être considéré comme non avenu; le créancier contestant contre lequel est rendu le jugement se trouve forclos, puisqu'il n'a pas contredit dans les délais. Ici revient l'application des principes que nous avons posés, *suprà*, p. 38, *Quest.* 2561 *bis*.

Nous ajouterons, en terminant, qu'il n'appartient qu'au tribunal de prononcer la péremption, et que si, sous le prétexte d'une discontinuation de poursuites, le juge-commissaire faisait la clôture définitive, son ordonnance, entachée d'excès de pouvoir, pourrait être attaquée par la voie d'appel, ainsi que nous l'établissons *Quest.* 2575, sous l'art. 759.]]

Art. 759. S'il ne s'élève aucune contestation, le juge-commissaire

fera la clôture de l'ordre; il liquidera les frais de radiation et de poursuite d'ordre, qui seront colloqués par préférence à toutes autres créances; il prononcera la déchéance des créanciers non produisants, ordonnera la délivrance des bordereaux de collocation aux créanciers utilement colloqués, et la radiation des inscriptions de ceux non utilement colloqués(1), il sera fait distraction en faveur de l'adjudicataire, sur le montant de chaque bordereau, des frais de radiation de l'inscription.

Tarif 137. — Loi du 11 brum. an VII, art. 34 et 35. — Cod. de proc., art. 665, 763, 767, 772, 777. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Ordre*, n°s 85 à 88, et 94. — Devilleneuve, *eod. verb.*, n°s 102 à 110.— Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n°s 186 à 203, 517 à 519. — Locré, t. 22, p. 237 et 238.

Questions traitées : Quelles sont les formes nécessaires à la validité de l'ordonnance de clôture? *Q.* 2574 *ter*.—La clôture d'ordre prononcée par le juge-commissaire, malgré l'existence de contestations non encore terminées, serait-elle valable? Quel serait dans ce cas le sort des productions faites depuis l'ordonnance de clôture? *Q.* 2574 *quater*.—La loi autorise-t-elle un pourvoi quelconque contre l'ordonnance qui a prononcé la clôture de l'ordre, soit en partie, conformément à l'art. 758, soit en totalité, en conformité de l'art. 759? *Q.* 2575.—Quelle sera la voie par laquelle le contestant pourra se pourvoir? Sera-ce l'opposition, la demande en nullité, l'appel, ou la tierce opposition? Q.2576.— Le conservateur des hypothèques peut-il se refuser à la radiation des inscriptions prises par les créanciers non produisants ou non colloqués, et de l'inscription d'office, tant que le délai de trois mois, à partir de la clôture de l'ordre, n'est pas expiré et qu'on ne lui présente pas un certificat de non-appel du règlement définitif? *Q.* 2576 *bis*. — Quels sont les effets de la forclusion à l'égard des créanciers non produisants? *Q.* 2576 *ter*. — Les frais de signification d'un jugement d'adjudication d'un capital, dont l'aliénation avait été précédemment ordonnée pour le service d'une rente viagère, doivent-ils être considérés comme frais de poursuites d'ordre? *Q.* 2576 *quater*. — Lorsqu'après la clôture d'un ordre et la radiation des inscriptions, il y a lieu à restituer une somme à la masse, le montant doit-il en être distribué à tous les créanciers indistinctement, ou seulement aux créanciers hypothécaires sur lesquels les fonds ont manqué? *Q.* 2576 *quinquies* (1).]

---

(1) Ainsi, toutes les hypothèques, sans distinction, sont purgées par la clôture définitive de l'ordre. (*Nouv. Répert*, Voy. *adjudicataire*. t. 1, p. 103.)

(2) **Jurisprudence.**

[Nous pensons que :

1° Le créancier qui s'est borné d'abord à soutenir le défaut d'existence d'une créance ne se rend pas non recevable à soutenir ensuite que l'hypothèque attachée à cette créance est la dernière en date. Cass., 1er mai 1815 (*J. Av.*, t. 17, p. 291).

2° Un débiteur ne peut, après avoir laissé colloquer un de ses créanciers sans exciper contre lui d'une contre-lettre formant double emploi avec le montant de la collocation, intenter ultérieurement une action à l'effet de faire exécuter cette contre-lettre et annuler cette collocation. Cass., 8 août 1832 (*J. Av.*, t. 44, p. 120).

3° La caution solidaire ne peut pas opposer l'exception *cedendarum actionum* au créancier qui s'est laissé forclore en ne produisant pas à l'ordre ouvert sur les biens du débiteur principal, lorsqu'il était averti de produire. Rennes, 19 mars 1811 (*J. Av.*, t. 6, p. 554).

4° L'acquiescement d'un créancier à ce qu'une autre créance soit payée de préférence à la sienne, le rend non recevable à se prévaloir d'un règlement d'ordre qui exclut cette créance faute de productions à l'appui. Cass., 27 fév. 1810 (*J. Av.*, t. 17, p. 172).

5° Quand le privilège réclamé par la femme a été reconnu sur le procès-verbal du juge commissaire, on peut dire qu'il s'est formé à cet égard un contrat judiciaire entre les divers créanciers qui ont reconnu l'existence de ce privilège. Limoges, 15 av. 1817 (*J. Av.*, t. 17, p. 328; *J. P.* 3e éd., t. 14, p. 183).

6° Le juge-commissaire ne pourrait comprendre d'office dans la somme à distribuer les frais de poursuite de vente non taxés, s'il n'en était pas requis par les parties intéressées. Paris, 28 fév. 1834 (*J. Av.*, t. 47, p. 413. *J. P.* 3e éd., t. 26, p. 223).

7° L'avoué qui s'est fait colloquer dans un ordre pour le montant de ses frais peut, lorsqu'il justifie de l'insolvabilité de l'acquéreur contre lequel il a obtenu un bordereau de collocation, agir par voie de retranchement contre les derniers créanciers colloqués; toutefois si un second ordre est ouvert sur le même débiteur, l'avoué qui n'a pas été payé de son bordereau ne peut pas venir prendre rang dans le nouvel ordre auquel il

[[**2574** ter. *Quelles sont les formes nécessaires à la validité de l'ordonnance de clôture?*

Ces formes sont celles que détermine l'art. 1040, Cod. proc. civ., et qui seront expliquées sous cet article.]]

[[**2574** quater. *La clôture, d'ordre prononcée par le juge-commissaire malgré l'existence de contestations non encore terminées, serait-elle valable? Quel serait, dans ce cas, le sort des productions faites depuis l'ordonnance de clôture?*

Le texte des art. 758 et 759 tranche toute difficulté sur la première question. Ces articles imposent au juge-commissaire le devoir impérieux de s'arrêter en présence de tout conflit d'intérêts, dont le tribunal est le juge exclusif; il lui est interdit de statuer sur le mérite des contestations qui divisent les parties; comment donc pourrait-il clore l'ordre, lorsque la décision du tribunal peut en bouleverser les bases? La question a été décidée en ce sens, par les Cours de cassation, 9 déc. 1824 (*J. Av.*, t. 35, p. 156), et de Paris, 20 juin 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 696; *J. P.*, t. 27, p. 352; Devill., 1835.2.353).

Cette solution implique naturellement celle de la seconde question posée; car, une fois qu'il est constant que la clôture de l'ordre n'a pas été valablement faite, il s'ensuit que la déchéance contre les créanciers produisants n'a pû être légalement prononcée, puisque, aux termes de l'art. 759, la clôture de l'ordre n'a lieu que lorsqu'il ne s'élève aucune contestation. La seule peine encourue par les créanciers non produisants est celle dont parle l'art. 757.]]

2575. *La loi autorise-t-elle un pourvoi quelconque contre l'ordonnance qui a prononcé la clôture de l'ordre, soit en partie, conformément à l'art.* 758, *soit en totalité, conformément à l'art.* 759?

M. Tarrible, *Nouv. Répert.*, vº *Saisie immobilière*, p. 680 et 681, établit formellement que tout est terminé par l'ordonnance du juge-commissaire, qui prononce la clôture de l'ordre, conformément à l'article ci-dessus. « Aucune des parties, dit-il, n'a droit de quereller cette ordonnance, *ni par voie d'opposition, ni par voie d'appel;* le saisi et les créanciers produisants, qui ont pris communication sans contester, sont censés avoir adhéré; ceux qui n'ont pas pris communication ont perdu le droit de contester devant le tribunal saisi de l'ordre, et, à plus forte raison, devant le juge d'appel. Les créanciers non utilement colloqués ont pu voir, comme les autres, que les collocations antérieures ont rendu la leur inutile, et sont censés aussi s'être soumis à cette loi; enfin, les créanciers non produisants ont perdu sans retour le bénéfice qu'ils auraient pu espérer de la production de leur titre, s'ils l'avaient faite dans le délai indiqué par la loi et par les sommations.

Nous partageons entièrement cette opinion de M. Tarrible, qui a été consacrée,

1º Par un arrêt de la Cour de Paris du 3 août 1812, attendu que l'ordonnance qui, à défaut de contestation des collocations provisoires dans le temps déterminé par la loi, déclare définitif le règlement provisoire, ayant toute la

---

est étranger, quoique se présentant du chef des créanciers contre lesquels il a une action en retranchement; il ne peut obtenir que d'être colloqué en sous-ordre. Riom, 11 déc. 1840 (*J. Av.*, t. 60, p. 225).]

force d'un jugement de forclusion, ne peut conséquemment être attaquée par voie d'opposition, et encore moins par une demande en nullité, que la loi ne connaît pas;

2° Par un autre arrêt de la Cour de Rouen du 25 mars 1809, qui a déclaré l'appel non recevable, attendu que le procès-verbal d'ordre dressé par le juge-commissaire n'est point un jugement, et qu'il ne peut conséquemment être attaqué que de la manière indiquée par l'art. 755, c'est-à-dire par voie de contredit, sur lequel le commissaire renvoie au tribunal qui statue; en sorte que l'appel est seulement ouvert contre le jugement qui débouterait le contestant.

[[S'il est dans le Code de procédure une question qui ait souffert du silence de la loi et de l'incertitude des principes, c'est assurément celle de savoir s'il existe une voie de recours contre le règlement définitif, et, en cas d'affirmative, quelle doit être cette voie.

La jurisprudence s'est souvent trouvée en présence de cette difficulté, qu'il était du devoir du législateur de résoudre; mais la différence des espèces, le peu de fixité des doctrines, jettent sur l'ensemble des décisions de nos Cours royales une incertitude que les notices inexactes ou incomplètes insérées dans les recueils d'arrêts viennent encore augmenter.

Dabord, faut-il dire, avec M. Tarrible, que les créanciers appelés à l'ordre n'ont aucune voie, du moins contre le règlement définitif émanant du juge-commissaire?

M. Carré cite à l'appui, de cette opinion, qu'il approuve, deux arrêts de Rouen et de Paris. Remarquons que ces Cours ont simplement déclaré non recevable, la première, l'opposition, la seconde, l'appel dirigé contre le règlement. Or, l'opposition est déclarée irrecevable, non parce que le procès-verbal de clôture ne peut être attaqué par les voies ordinaires, mais parce qu'il doit être attaqué par la voie de l'appel. Tel est également le motif formellement exprimé d'un grand nombre de décisions sur lesquelles nous reviendrons bientôt.

C'est donc à tort que M. Carré considère l'arrêt de Paris précité comme favorable à la doctrine de M. Tarrible.

Quant à cette doctrine en elle-même, nous la trouvons soutenue par MM. Favard de Langlade, t. 4, p. 62, et Berriat Saint-Prix, p. 615, not. 16, et admise par les Cours de Rouen (arrêt précité); Bourges, 10 déc. 1813 (*J. Av.*, t. 17, p. 262); Toulouse, 15 mars 1827 (*J. Av.*, t. 44, p. 217); mais elle est repoussée par la presque unanimité des décisions rendues en cette matière. Elle se fonde sur ce que l'ordonnance du juge-commissaire n'est pas, à proprement parler, un jugement. « Comment, dit M. Devilleneuve, t. 37, 2e part., p. 111, voir un jugement dans l'acte émané d'un seul juge, sans qu'il y ait eu de demandes, de conclusions, de plaidoiries, de défenses, sans publicité, en l'absence même des parties ou de leurs avoués? Cela ne se conçoit pas! »

Delà M. Devilleneuve conclut que l'ordonnance n'est pas susceptible d'appel. Les auteurs et les arrêts susmentionnés en avaient conclu, avec beaucoup plus de raison et de logique, qu'elle n'était susceptible d'aucune voie de recours.

Telle est, en effet, la conséquence qu'entraîne nécessairement le système que nous exposons ici. Il n'en faut pas davantage pour prouver qu'il est erroné.

Évidemment, le juge-commissaire n'est pas libre de changer, d'anéantir à sa volonté les formes, les délais, les garanties légales; de protéger les erreurs, les injustices les plus frappantes par une telle fin de non-recevoir.

On a cherché à dissimuler ces inconvénients; les arrêts précités de Rouen et de Bourges ont dit : « Autre chose est le règlement provisoire, autre chose le

règlement définitif. Le premier est le seul d'où puisse résulter grief contre les parties; mais celles-ci sont en droit de l'attaquer devant le tribunal. Si elles ne le font pas, de quoi peuvent-elles se plaindre? Si le tribunal a été appelé à statuer sur leur réclamation, le juge-commissaire, en réglant définitivement l'ordre, ne fait qu'exécuter le jugement; et l'on ne conçoit pas davantage l'utilité d'une voie de recours contre son ordonnance. »

Les faits se sont chargés de montrer ce que ce raisonnement avait de faux et d'incomplet. Ainsi l'on a vu le juge-commissaire, sans égard pour les réclamations des parties, convertir le règlement provisoire en règlement définitif et même abréger les délais accordés pour faire les contredits, déclarer des créanciers forclos. Il est évident que de tels abus ne pouvaient être tolérés, et qu'il fallait, par conséquent, renoncer à un système impuissant à les réprimer.

Aussi, comme nous l'avons dit, la jurisprudence l'a-t-elle repoussé, surtout dans ces derniers temps; et il est reçu sans difficulté qu'il doit exister des voies de recours contre l'ordonnance du juge-commissaire.

Mais quelles sont ces voies? Est-ce l'opposition, une action principale devant le tribunal qui connaît des contredits, ou l'appel devant la Cour royale? C'est ce qui nous reste à examiner.

MM. Coffinières (*J. Av.*, t. 17, p. 218), et Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 435, admettent l'appel : le premier, sans distinction; le second, dans des cas qu'i spécifie et qui rentrent dans ceux que nous venons d'énumérer, et qui ont, en général, déterminé la jurisprudence.

Les Cours de Paris (arrêt précité), de Riom, 7 juin 1817 (*J. Av.*, t. 17, p. 332), de Paris, 20 juin 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 696), ont reconnu que l'appel pouvait être interjeté contre l'ordonnance du juge-commissaire, sans s'expliquer sur l'efficacité de toute autre voie de recours.

D'autres arrêts en plus grand nombre sont plus explicites; ils rejettent l'opposition et n'admettent que l'appel. *Voy.*, en ce sens, Paris, 11 août 1812 (*J. Av.*, t. 17, p. 220); Montpellier, 9 juin 1823 (*J. Av.*, t. 44, p. 223); Toulouse, 7 déc. 1826 (*Ibid.*, p. 221); Bourges, 7 juill. 1830, et 20 juill. 1831 (*Ibid.*, p. 219); Nancy, 6 avril 1832 (*Ibid.*, p. 218); Pau, 9 juin 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 613); Riom, 16 mars 1841 (*J. Av.*, t. 61, p. 618); Devill., 1832.2.331; 1837.2.393; 1839.1.276; 1841.2.358), et enfin, un arrêt de Cassation du 9 avril 1839 (*J. Av.*, t. 56, p. 362).

Si les décisions que nous venons de citer sont unanimes pour reconnaître que l'appel est seul recevable contre l'ordonnance de clôture d'ordre, il faut convenir que les motifs sur lesquels elles s'appuient pour arriver à cette conclusion sont loin de présenter cette unité et cette fermeté de vues nécessaires pour former un corps de doctrine qui supplée au silence de la loi.

Ainsi, pour repousser l'opposition, la Cour de Paris se fonde sur ce que le tribunal ne peut *se réformer lui-même* : c'est admettre que le tribunal et le juge-commissaire ne font qu'un. — La Cour de Toulouse, sur ce que le juge est délégué par le président seul, et non par le tribunal, aux termes de l'art. 751, et qu'admettre l'opposition, puis l'appel, ce serait autoriser un triple degré de juridiction : c'est d'un raisonnement erroné arriver à une conséquence peu décisive. — Les Cours de Bourges et de Riom, sur ce que le commissaire fait l'office du tribunal dans le cercle des attributions qui lui sont conférées par la loi : ce n'est pas prouver par cela seul l'irrecevabilité de l'opposition. — La Cour de Nancy, sur ce que la délégation faite par le tribunal n'établit aucune supériorité en sa faveur sur le juge délégué; d'où il faudrait conclure que l'opposition d'un jugement doit être portée à un tribunal supérieur à celui qui l'a rendu : ce qui est contraire aux premières notions de procédure.

La Cour de cassation s'est bornée à dire que, l'opposition n'étant pas ad-

missible, il fallait recourir à l'appel, qui est le droit commun; mais elle n'a pas dit pourquoi l'opposition n'est pas admissible, ni recherché si les motifs qui l'excluent n'excluraient pas en même temps toute autre voie de recours.

Comme on le voit, les divers motifs donnés contre l'opposition, et en faveur de l'appel, sont en général contradictoires entre eux, peu décisifs, quelquefois inexacts; il ne faut donc pas s'étonner qu'une jurisprudence, en apparence si imposante, n'ait pas décidément mis fin à toute controverse sur ce point.

Quoi qu'il en soit, le moyen de recours pris, soit d'une action principale, soit d'une opposition formée devant le tribunal, paraissait universellement proscrit, et la Cour de Paris, 11 janv. 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 609), a encore repoussé le premier, qui n'a rencontré aucun défenseur; il n'en a pas été de même du second, que M. Devilleneuve, *loc. cit.*, dans une suite d'observations présentées avec son habileté et sa netteté ordinaires, a soutenu de préférence à l'appel, qui lui a paru contraire aux principes de la matière, et de plus susceptible d'inconvénients nombreux; son opinion a été adoptée par M. Billequin. (Observations sur l'arrêt du 11 janv. 1837, inséré au *Journal des Avoués.*)

Enfin, dans deux décisions, des 2 et 19 avril 1840, la Cour de Limoges a essayé, par une distinction, de concilier les deux avis. L'appel, a-t-elle dit doit être admis contre le règlement, lorsqu'il y a lieu de le considérer comme une décision judiciaire en premier ressort; l'opposition, dans le cas contraire.

Quand y a-t-il lieu d'assimiler l'ordonnance de clôture à un jugement en premier ressort? C'est lorsque le juge a opéré dans les limites de ses attributions propres, de celles que détermine l'art. 759; mais si le règlement provisoire a été contesté et qu'un jugement intervenu sur ces contestations ait déterminé le rang des créanciers, le juge n'est plus le délégué, l'homme du tribunal, à qui par conséquent devra être soumise la contestation sur le règlement définitif.

Après avoir analysé ces diverses opinions, il ne nous reste plus qu'à développer la nôtre.

Disons d'abord qu'il nous est impossible de convenir que toute voie de recours soit interdite contre une ordonnance de clôture d'ordre et de règlement définitif qui infère grief aux parties.

Les considérations par lesquelles M. Devilleneuve cherche à prouver que cette ordonnance n'est pas un jugement, nous paraissent assez peu concluantes. Que la décision du juge-commissaire ait été rendue en l'absence des parties sans plaidoirie ni défense, c'est toujours une décision judiciaire dont l'importance n'est pas moins grande que celle de tout autre jugement et qui produira les mêmes effets.

Nous ne méconnaissons pas l'exactitude de la distinction entre la juridiction *volontaire* et la juridiction *contentieuse;* mais reste à savoir si les fonctions du juge-commissaire rentrent exclusivement dans les limites de la première, si, tout au moins, il lui est impossible d'en sortir et d'inférer aux parties un grief à raison duquel sa décision puisse être attaquée.

Or, sur ce point, nulle difficulté sérieuse; M. Devilleneuve admet lui-même en certains cas l'opposition; M. Carré, qui se déclare contre toute voie de recours, accorde cependant dans la question suivante l'appel à la partie qui n'a pas été appelée dans l'ordre.

La conclusion de M. Devilleneuve n'est donc pas en rapport avec ses prémisses ; mais est-elle plus exacte?

Il nous semble que, pour apprécier quelle voie de recours est ouverte contre l'ordonnance du juge-commissaire, tout consiste à savoir : 1° quelle est la nature de ses attributions ; 2° de quelle manière il les a remplies.

Les fonctions de juge-commissaire sont déterminées par la loi; « il liquidera les frais de radiation et de poursuite, dit l'art. 759, prononcera la déchéance des créanciers non produisants, ordonnera la délivrance des bordereaux de

collocation; » voilà des prescriptions bien formelles, une compétence en quelque sorte spéciale. Il n'est donc pas vrai de dire d'une manière absolue que le juge-commissaire soit le *délégué* du tribunal, c'est-à-dire son représentant. Il est délégué par le tribunal, en ce sens qu'il est nommé par lui; mais dès lors, sa juridiction est bien à lui, personne ne peut s'en emparer, et le jugement du tribunal lui-même, qui liquiderait les frais de poursuites, prononcerait des déchéances, serait incontestablement de nul effet.

Il résulte de ces principes que les décisions du juge-commissaire forment un premier degré de juridiction, et qu'elles ne sont pas de nature à être portées devant le tribunal incompétent pour en connaître, soit par action nouvelle, soit surtout par voie d'opposition (1).

Mais faut-il en induire, comme semblent le dire quelques arrêts, qu'il y a toujours lieu à interjeter appel; ou, pour faire mieux comprendre les développements qui suivent, que l'ordonnance du juge-commissaire est toujours un véritable jugement? C'est ici que nous proposerons une distinction qui doit faire disparaître presque toutes les objections faites et les inconvénients signalés par M. Devilleneuve contre notre doctrine.

Cette distinction, qui prend son origine dans les principes que nous avons souvent émis, notamment sur la *Quest.* 378, peut se réduire à ces termes :

L'ordonnance occasionne-t-elle un grief sérieux aux parties? N'en confère-t-elle aucun, ou le préjudice provient-il de faits dont le règlement définitif n'est lui-même qu'une conséquence ?

En d'autres termes, le juge-commissaire s'est-il renfermé dans les limites de ses attributions ou s'en est-il écarté? Car, en définitive, les deux questions rentrent l'une dans l'autre.

Pour les résoudre, examinons les diverses hypothèses qui peuvent se présenter.

Ou le tribunal a rendu un jugement sur contredits, ou il n'en a pas rendu.

S'il n'y a pas eu de jugement, ce ne peut être que par l'une de ces deux circonstances; le juge-commissaire a tranché lui-même la contestation élevée sur le règlement provisoire qu'il a transformé ainsi en règlement définitif. Ou bien, nulle contestation ne s'est élevée et le juge-commissaire n'a eu qu'à remplir les fonctions que lui attribue l'art. 759.

Dans la première hypothèse, il est évident que le juge a excédé ses pouvoirs, qu'il a empiété sur ceux du tribunal, qu'il a décidé un différend et inféré grief aux parties; son ordonnance est un véritable jugement, susceptible d'appel comme celui d'un tribunal civil qui aurait statué en matière commerciale, ou d'un tribunal de commerce qui aurait jugé criminellement.

Si nulle contestation ne s'est élevée, le juge-commissaire n'a fait que prononcer des déchéances déjà encourues, procéder à une liquidation, conséquence de tout ce qui a été fait; donc, juridiction volontaire, nulle voie de recours contre son ordonnance, à moins qu'elle n'ait pas été rendue dans les délais et suivant les formes voulues, auquel cas grief, manquement à ses devoirs, appel.

Supposons maintenant que des contredits se soient élevés sur l'ordre de collocation provisoire et qu'ils aient été jugés à l'audience.

Alors se continue la délégation du juge-commissaire, et la loi lui donne de nouveau le pouvoir de statuer et de régler les intérêts des parties, conformément à la disposition de l'art. 759.

---

(1) [C'est donc à tort que la Cour de Limoges, *V.* l'arrêt cité à la page précédente, veut que dans le cas où le juge-commissaire a statué en dehors de sa compétence les parties se pourvoient par opposition devant le tribunal, lequel ne peut jamais annuler une ordonnance de clôture; c'est à la Cour royale qu'elles doivent s'adresser.]

Il faut donc voir sur quoi celles-ci entendent faire porter l'appel dirigé contre son ordonnance.

Est-ce sur les points jugés par le tribunal et dont elles n'ont pas relevé appel ou dont l'appel n'a pas été accueilli? Il est évident que toute voie de recours leur est fermée à cet égard, et qu'elles n'ont pas lieu de se plaindre du préjudice qui leur est causé.

Est-ce d'avoir mal interprété la décision du tribunal ou excédé ses pouvoirs en quelque manière que ce soit? Il y a certainement lieu à l'appel, ainsi que nous l'avons dit plus haut. Même décision, si le juge ne s'est pas conformé aux délais et formes prescrites par la loi.

En un mot, toutes les fois que le juge-commissaire reste dans le cercle de ses attributions, les décisions qu'il rend sont inattaquables; on ne conçoit pas même qu'il puisse en être autrement.

Mais s'il ne s'est pas conformé aux règles de la procédure, si surtout il a envahi un pouvoir qui ne lui appartient pas, sa sentence ne saurait subsister; la question de savoir s'il est tombé dans l'une ou l'autre de ces fautes sera donc valablement soumise aux juges d'appel.

Pour ne pas interrompre l'exposition de notre système, nous n'avons pas cité quelques arrêts qui viennent en confirmer diverses parties; mentionnons-les toutefois, en terminant.

Trois arrêts, Bruxelles, 29 avril 1819 (*Journ.* de cette Cour, t. 2 de 1819, p. 63); Caen, 19 janv. 1825 (*J. Av.*, t. 36, p. 281); et Toulouse, 15 mai 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 577), déclarent non recevables l'opposition, l'appel et la requête civile contre l'ordonnance de clôture, de la part du créancier qui n'a point contesté à l'ordre.

Un arrêt de Paris, 26 janv. 1831 (*J. Av.*, t. 44, p. 216), a jugé que le procès-verbal de clôture n'était pas un jugement, dans une espèce où il n'avait pas été élevé de contredit.

Que l'on rapproche ces arrêts de ceux que nous avons analysés au commencement de cette discussion et des principes sur le pouvoir des juges que la loi commet séparément pour remplir certaines fonctions (*V.* nos *Quest.* 378 et 1013 *bis*), et l'on verra qu'en définitive notre solution est aussi conforme à l'état de la jurisprudence quant aux résultats, qu'elle l'est aux principes rigoureux du droit.]]

Mais qu'un créancier n'ait pas été appelé à l'ordre, il est évident que l'on ne pourrait sans injustice lui contester le droit de se pourvoir, contre l'ordonnance qui a clos l'ordre dans lequel il n'a pas été compris.

De là résulte la question de savoir :

2576. *Quelle sera la voie par laquelle* [[*le contestant*]] *pourra se pourvoir? Sera-ce l'opposition, la demande en nullité ou l'appel?* [[*Ou la tierce opposition?*]]

Sur cette question, traitée dans notre *Analyse*, n° 2364, nous disons que le créancier qui n'a pas été appelé ne doit poursuivre l'ordre que sur le refus que les autres créanciers feraient d'y prendre part, en argumentant du règlement fait entre eux; qu'alors il y aurait renvoi à l'audience, et que le tribunal, obligé de prononcer que l'ordre clôturé, étant *res inter alios acta*, ne peut être opposé, le déclarerait nécessairement nul par rapport au créancier; ce qui rendrait indispensable la confection d'un nouvel ordre, au moins à partir de la collocation après laquelle ce créancier demandeur prétendrait devoir prendre rang.

Mais adoptant les motifs développés par M. l'avocat général Jaubert, dans ses conclusions, sur lesquelles est intervenu un arrêt conforme de la Cour de Paris,

du 11 août 1812 (*S.* 13.1.12; DEVILL., *Collect. nouv.*, 4.1.174, et *J. Av.*, t. 17, p. 220), nous estimons que, dans le cas proposé, la voie d'appel est seule admissible, parce qu'ici, le juge-commissaire a caractère pour statuer; en un mot, nous décidons ici comme nous l'avons fait sur la *Quest.* 827.

[[M. Carré est revenu sur son opinion, dans une consultation du 20 mars 1827, insérée au *Journ. des Avoués*, t. 51, p. 513, et il a exposé les motifs de sa nouvelle doctrine d'une manière assez claire et assez complète pour qu'il nous suffise de le citer ici textuellement.

On comprend qu'en approuvant ces principes, nous ne nous mettons pas en désaccord avec ceux qui nous ont aidé à résoudre la précédente question, puisqu'il s'agit dans celle-ci d'un créancier qui n'a pas été appelé à l'ordre, qui est par conséquent demeuré étranger à tous les actes du juge-commissaire (1).

Quant aux allusions qui, dans la consultation de M. Carré pourraient contrarier notre doctrine, il nous paraît inutile de les relever en détail, elles sont d'ailleurs de peu d'importance et n'infirment en aucune manière l'exactitude de la décision.

« On a longtemps pensé, dit M. Carré, que l'on ne pourrait admettre un pourvoi quelconque contre l'ordonnance qui a prononcé la clôture de l'ordre; nous avons nous-même adopté cette opinion sur la *Quest.* 2363 de notre *Analyse raisonnée des opinions et des arrêts sur le Code de procédure civile*; mais la solution de la questions upposait que les créanciers qui avaient à se plaindre du règlement d'ordre *avaient été appelés* pour en contester les collocations.

« Nous nous demandions ensuite (*Quest.* 2364), quelle serait cependant la voie par laquelle *un créancier qui n'eût pas été appelé à contester* pourrait se pourvoir contre le règlement; et nous répondions qu'en cette circonstance le créancier doit poursuivre l'ordre; que, sur le refus que les autres créanciers feraient d'y prendre part en argumentant du règlement fait entre eux, il y aura renvoi à l'audience et qu'alors le tribunal devant prononcer que l'ordre clos étant, relativement au créancier qui en poursuit un nouveau, *res inter alios acta*, le déclarera nul par rapport à ce dernier, ce qui rendra nécessaire la confection d'un nouvel ordre, au moins à partir de la collocation après laquelle le créancier demandeur prétendrait avoir rang.

« Mais nous avons rétracté cette opinion dans nos *Lois de la procédure*. Après y avoir rappelé, sur la *Quest.* 2576, ce que nous avions dit dans notre *Analyse*, nous avons ajouté :

« Mais adoptant les motifs développés par M. l'avocat général Jaubert, dans ses conclusions sur lesquelles est intervenu un arrêt conforme de la Cour de Paris, du 11 août 1812 nous estimons que, dans le cas proposé, la voie d'appel est seule admissible parce qu'ici le juge-commissaire a caractère pour statuer.

« La même question s'étant de nouveau présentée à notre examen, nous avons été conduit à adopter en définitive une opinion *mixte* entre celle que nous avions exprimée dans notre *Analyse* et celle que nous avons depuis pro-

---

(1) [Nous déclarons également en ce qui concerne la tierce opposition, nous en référer à ce que nous avons dit t. 4, p. 265, *Quest.* 1709. — On peut consulter les arrêts qui ont été rendus sur la question de savoir si la tierce opposition est recevable, et de quelle manière elle peut être formée. En voici la date: Colmar, 17 av. 1807 et Grenoble, 16 août 1816 (*J. Av.*; t. 17, p. 126 et 312); Bruxelles, 15 janv. 1812 (*J. Av.*, t. 22, p. 554); Cass., 21 déc. 1824 (*J. Av.*, t. 29, p. 31); Rouen, 27 août 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 304); Douai, 23 mars 1831 (*J. P.* 3e éd., t. 23, p. 1371); Cass. 2 juin 1831 (*J. Av.* t. 41, p. 492); Cass. 18 avril 1832 (*J. Av.*, t. 43 p. 684); Paris, 21 mai 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 631); DEVILL. 1831, t. 2, p. 244; 1832, t. 1, p. 452; 1835, t. 2, p. 353.]

fessée dans nos *Lois de la procédure civile* avec trop d'entraînement peut-être (si l'expression est permise), vers l'opinion d'un organe du ministère public, dont les grands talents sont connus et l'autorité justement imposante.

« Nous convenons d'abord que l'ordonnance par laquelle le juge-commissaire a fait la clôture de l'ordre, conformément à l'art. 759, Cod. proc. civ., doit être, suivant la doctrine de M. Jaubert, considérée comme un jugement qui serait émané du tribunal lui-même, parce que ce juge, investi de pouvoir, exerce ici par délégation la juridiction de ce tribunal.

« Nous convenons encore, par les raisons développées par M. Tarrible, et rapportées sous la *Quest.* 2575 de nos Lois de la procédure, que la loi n'autorise aucun pourvoi quelconque contre cette ordonnance.

« Mais remarquons bien que ces doctrines ne sont professées que dans la seule hypothèse où les créanciers qui croiraient avoir à se plaindre de l'ordonnance de clôture ont été appelés à l'ordre.

« Et il n'en faut pas conclure qu'on doive refuser tout pourvoi, même au créancier qui n'aurait point été appelé à l'ordre; ce serait renverser ce grand principe, que *nul ne peut être jugé sans avoir été entendu, ou du moins légalement appelé.* Il faut donc nécessairement admettre que le législateur a entendu lui ouvrir une voie quelconque pour obtenir la réparation du préjudice que lui porte un acte auquel il n'a pas été partie.

« Maintenant, n'est-il qu'une seule voie, celle de l'appel, comme l'a maintenu M. Jaubert?

« A cette question, une considération générale s'offre tout à coup à la pensée; c'est que le savant magistrat assimile l'ordonnance de clôture à un jugement.

« Or, celui qui n'a point été partie à un jugement, n'a point pour l'attaquer la voie ordinaire de l'appel, il n'a que la voie extraordinaire de la *tierce opposition.*

« Il a bien droit, aux termes de l'art. 466, d'intervenir sur l'appel, s'il justifie qu'il devait être appelé devant les premiers juges, mais l'exercice de ce droit est purement facultatif. Il peut ne pas entendre renoncer au premier degré de juridiction et former la tierce opposition devant les premiers juges.

« A la vérité, des auteurs, au nombre desquels nous nous trouvons placé nous même (Voy. *Lois de procédure*, *Quest.* 1681, t. 4, p. 196), ont émis l'opinion que les parties en instance d'appel, pourraient contraindre à intervenir celui qui aurait droit de se pourvoir par tierce opposition. Des arrêts ont consacré cette opinion; la Cour de Rennes l'a implicitement rejetée. Mais qu'importerait que le système de la Cour de Rennes dût prévaloir? Il ne résulterait point de ce que les parties en instance d'appel pussent forcer à l'intervention, dans cette instance, un tiers qui aurait droit de former tierce opposition, que celui-ci fût *obligé* d'intervenir de lui-même. S'il n'y est pas légalement provoqué, il reste dans sa position, c'est-à-dire avec la faculté d'intervenir dont il ne veut pas user, et la faculté qu'il préfère se ménager, non-seulement de se pourvoir par tierce opposition, mais même par action principale, comme nous allons bientôt le démontrer.

« Il suit de ces principes, dont on ne saurait contester la justesse, qu'ils s'opposent formellement à ce qu'une personne, qui n'a pas été appelée à un règlement d'ordre, soit obligée d'interjeter appel, autrement il faudrait, puisque l'ordonnance de clôture est assimilée à un jugement, décider, non-seulement qu'il n'y a pas, contre un jugement, de tierce opposition ouverte à celui qui n'y a pas été partie, mais encore que ce dernier ne peut réclamer ses droits par voie *d'action principale,* sans se rendre tiers opposant.

« Il faudrait, pour cela, une disposition très expresse de la loi, une dispo-

sition spéciale pour l'ordonnance de clôture du règlement d'ordre. Or, il n'en existe aucune; il faut donc revenir au droit commun.

« Mais, dira-t-on, on ne conçoit pas de tierce opposition possible devant un juge-commissaire. Nous ne disons pas non plus que l'on puisse ou que l'on doive se pourvoir par tierce opposition devant ce magistrat. Nous avouons bien volontiers que le juge-commissaire qui a prononcé la clôture de l'ordre, a consommé ses fonctions, *desinit esse judex :* la délégation du tribunal ne subsiste plus pour lui; mais le tribunal, dont il tenait la place, existe toujours. La tierce opposition contre l'ordonnance de clôture se portera devant lui, puisque, encore une fois, cette ordonnance est réputée émanée de lui-même.

« Autre objection, qui suppose toutefois une concession de la réfutation que l'on vient de faire de celle qui précède; cette objection consiste à dire : « On « accorde que le créancier qui n'a pas été appelé au règlement d'ordre, ait la « voie de la tierce opposition; mais il n'a que ce genre de pourvoi. Il ne peut « donc réclamer ses droits par voie d'action ou de demande principale. »

« Nous croyons avoir démontré l'erreur de cette objection sur la *Quest.* 1722, des *Lois de la procédure.*

« Et cette démonstration était facile : Il ne fallait qu'invoquer le texte de l'art. 474, Cod. proc. civ.; il porte qu'une partie *peut* former tierce opposition, etc.; mais il ne dit pas qu'elle soit tenue de prendre cette voie; il ne lui ôte point la faculté de se borner à dire que le jugement qu'on lui oppose n'a pas été rendu avec elle, qu'il lui est étranger; que ce jugement est à son égard comme s'il n'existait point; que c'est en un mot, *res inter alios acta seu judicata.* (*Voy.* Cod. civ., art. 1351.)

« La tierce opposition est donc essentiellement facultative; le judicieux éditeur des *Cinq Codes*, expliqués par leur motif et par des exemples, M. Rogron, avocat aux Conseils du roi et à la Cour de cassation, a donné sur chaque article le résumé des doctrines généralement professées ou consacrées, et il s'exprime en ces termes, sur l'art. 474, Cod. proc. civ., p. 359 :

« *Une partie peut...*, ainsi, dit-il, la tierce opposition est *facultative.* C'est à la partie à voir si son intérêt exige qu'elle forme tierce opposition au jugement, pour éviter des contestations ultérieures, ou si elle doit se contenter de déclarer que ce jugement rendu sans elle est, à son égard, comme s'il n'existait pas: ce droit qu'elle a de repousser ce jugement, sans prendre la voie de la tierce opposition, résulte des principes de l'autorité de la chose jugée, consacrés par l'art. 1351, Cod. civ., et que la loi romaine exprimait en ces termes: *res inter alios judicata, aliis præjudicare non potest.* »

« Ainsi donc, nul doute que, nonobstant tout jugement rendu entre d'autres parties, la voie d'action principale reste à celle qui, n'ayant pas été mise en cause dans l'instance sur laquelle le jugement est intervenu, ne veut pas se pourvoir contre lui par la voie de la tierce opposition.

« Appliquant à l'espèce d'une ordonnance en règlement d'ordre, *assimilée à un jugement,* ce qu'il ne faut pas perdre de vue, ces principes incontestables, il s'ensuit que cette ordonnance étant *res inter alios acta*, donne au créancier qui n'a pas été *appelé* le droit de poursuivre un règlement d'ordre, comme s'il n'en avait été fait aucun. Sur sa demande dans laquelle seront nécessairement parties les créanciers colloqués dans celui fait précédemment, ceux-ci contesteront; et comme ils ne pourront opposer aucune exception de chose jugée au poursuivant, il ne pourra manquer d'obtenir sa collocation dans le nouveau règlement.

« Nous en revenons donc à l'opinion que nous avions émise dans notre *Analyse raisonnée, Quest.* 2364; c'était un devoir pour nous d'avouer franchement ce qu'un examen plus approfondi nous a conduit à considérer comme une erreur. Tous les jours le magistrat à le noble courage d'avouer et de réparer

les erreurs inséparables de la difficulté que présentent les matières litigieuses. Le jurisconsulte écrivain doit suivre cet exemple, s'il ne veut pas sacrifier à un coupable amour-propre les intérêts de ses concitoyens, qui consultent ses ouvrages, dans l'intime conviction qu'ils sont écrits avec une impartialité honorable et un ardent amour de la vérité.

« Délibéré le 20 mars 1827. » « Carré. »

Voy. notre *Quest.* 2565.]]

[[**2576** bis. *Le conservateur des hypothèques peut-il se refuser à la radiation des inscriptions prises par les créanciers non produisants, ou non colloqués, et de l'inscription d'office, tant que le délai de trois mois, à partir de la clôture de l'ordre, n'est pas expiré, et qu'on ne lui présente pas un certificat de non-appel du règlement définitif?*

Cette question, discutée en sens contraire par les rédacteurs du *Journal de l'Enregistrement*, et par notre honorable confrère, le rédacteur du *Journal des Avoués* (*Voy.*, dans ce journal, les t. 54, p. 70, et 55, p. 406), doit se résoudre d'après les principes que nous avons exposés sur l'art. 550, et notamment sous les nos 1906 et 1906 *bis*; nous croyons inutile de rentrer à ce sujet dans une nouvelle discussion. Il suffit de relire les questions précitées.]]

[[**2576** ter. *Quels sont les effets de la forclusion à l'égard des créanciers non produisants?*

Ces effets consistent en ce que le créancier forclos ne peut plus troubler les collocations admises, et qu'il doit subir l'ordre tel qu'il a été fait en son absence; mais cette déchéance, qui n'a point d'autre objet, laisse intactes son hypothèque et son inscription, qui continuent d'affecter les sommes non absorbées par les bordereaux de collocation, de telle sorte que, quoique forclos de l'ordre, le créancier non produisant prime encore les créanciers chirographaires. La question a été ainsi décidée par la Cour de cassation, les 10 juin 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 259; *J. P.*, 3e édit., t. 21, p. 1532), et 15 fév. 1837 (*J. Av.*, t. 52, p. 244; *J. P.*, t. 1.1837, p. 120; Devill., 1837.1.188).]]

[[**2576** quater. *Les frais de signification d'un jugement d'adjudication d'un capital, dont l'aliénation avait été précédemment ordonnée pour le service d'une rente viagère, doivent-ils être considérés comme frais de poursuite d'ordre?*

Nous ne le pensons pas.

Aux termes de l'art. 759, Cod. proc. civ., les seuls frais privilégiés sont les frais de *radiation* et ceux de *poursuite d'ordre*; or, il est facile de voir que les frais dont il s'agit dans l'espèce ne peuvent être rangés ni dans l'une ni dans l'autre catégorie.

Peut-être serait-on d'abord tenté de les considérer comme frais de *poursuite d'ordre*; mais l'examen le plus superficiel démontre aussitôt qu'il ne doit pas en être ainsi. Les frais de poursuite sont les *frais généraux*, intéressant tous les créanciers, et sans lesquels l'ordre ne pourrait être amené à fin. On comprend que ceux-là soient placés en première ligne et priment toutes les autres créances.

Quant aux frais nécessités par les contestations, il est de toute évidence qu'ils ne peuvent nuire aux créanciers antérieurs à celui dont la collocation est contestée. Aussi, la loi veut-elle que ceux-ci reçoivent leurs bordereaux, et qu'ils ne soient soumis à aucun rapport (art. 758, Cod. proc. civ.).

Mais comment donc ces frais seront-ils colloqués? Rien de plus simple; c'est la loi elle-même qui nous l'indique ; elle décide que ces frais seront colloqués par préférence à toutes autres créances, *sur ce qui restera des deniers à distribuer*, DÉDUCTION FAITE DE CEUX QUI AURONT ÉTÉ EMPLOYÉS A ACQUITTER LES CRÉANCES ANTÉRIEURES A CELLES CONTESTÉES (art. 768, Cod. proc. civ.). Ainsi, bien que, dans l'espèce, les frais de signification du jugement qui fixe le capital destiné au service de la rente viagère ne puissent pas être considérés comme frais de poursuite proprement dits, ils devront cependant être employés par préférence sur ce qui restera de deniers après le paiement des créanciers antérieurs à celui dont la collocation a été contestée, sauf le recours du créancier sur lequel les fonds manqueront, ou de la partie saisie, contre celui qui a succombé (art. 769, Cod. proc. civ.).]]

[[**2576** quinquies. *Lorsqu'après la clôture d'un ordre et la radiation des inscriptions, il y a lieu de restituer une somme à la masse, le montant doit-il en être distribué à tous les créanciers indistinctement, ou seulement aux créanciers hypothécaires sur lesquels les fonds ont manqué?*

En faveur du premier de ces deux systèmes, on a dit que l'hypothèque n'est une cause de préférence entre les créanciers que tout autant qu'elle est inscrite ; que, du moment où elle est rayée, les droits de tous sont égaux, et ne se règlent pas d'après un ordre qui n'existe plus ; la somme à distribuer provient, il est vrai, de l'immeuble vendu, mais elle a changé de nature, elle est désormais purement mobilière ; c'est un recouvrement fait pour le compte du débiteur, et qui doit, quelle que soit son origine, tourner à l'avantage de tous ses créanciers. Les considérations que nous venons d'exposer ont déterminé la Cour de Bourges, le 13 fév. 1824 (*J. Av.*, t. 26, p. 112; *J. P.*, 3e éd., t. 18, p. 452), à se prononcer en ce sens.

Nous pensons qu'en jugeant ainsi, la Cour de Bourges n'a pas exactement appliqué les principes de la matière. De cela seul que la somme restituée, soit parce que le paiement en avait été consenti par erreur, soit à cause de l'extinction de la créance; de cela, disons-nous, que cette somme provient du prix de l'immeuble, elle appartient aux créanciers hypothécaires dont l'inscription n'a été rayée que parce que les fonds ont manqué sur eux. La radiation de leur hypothèque ne serait une fin de non-recevoir à leur opposer, que lorsqu'elle impliquerait renonciation de leur part; mais lorsqu'elle ne prouve qu'une impossibilité de se réaliser, cette impossibilité cessant, sa réalisation ne saurait être entravée.

Aussi a-t-il été décidé, avec raison, selon nous :

Par la Cour de Paris, le 8 fév. 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 552; DEVILL., 1836.2.258), que les créanciers inscrits sur un immeuble vendu ont droit de préférence sur les créanciers chirographaires, même relativement à la portion du prix non porté au contrat, encore qu'ils n'aient pas surenchéri; par la même Cour, le 23 avril 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 483; DEVILL., 1836.2.309), que la portion du prix de l'immeuble, devenue libre par l'extinction de la créance, doit être dévolue aux créanciers sur lesquels les fonds ont manqué, encore bien que leurs inscriptions aient été rayées conformément à la disposition de l'art. 759;

Par la Cour de cassation, le 6 août 1836 (*J. Av.*, t. 54, p. 233), que la radiation de l'inscription n'a pas pour effet d'anéantir définitivement les droits des créanciers hypothécaires, mais seulement d'en affranchir l'immeuble dont le prix est distribué;

Par la Cour de cassation, le 22 janv. 1840 (*J. Av.*, t. 58, p. 251; DEVILL. 1840.1.275), que la disposition de l'art. 767, Cod. proc. civ., qui fait cesser, à partir du règlement définitif, les intérêts et arrérages des créanciers utilement collo-

qués, ne peut être invoquée par les créanciers chirographaires pour obtenir, au préjudice des créanciers hypothécaires, le reliquat du prix de vente qui resterait libre après ces collocations.

Tels sont les principes qui doivent servir, selon nous, à résoudre toutes les difficultés d'espèces qui pourraient s'élever sur ce point; voyez l'opinion conforme de M. PERSIL fils, *Commentaire sur la loi du 2 juin* 1841, p. 322, n° 391.]]

ART. 760. Les créanciers postérieurs en ordre d'hypotèque aux collocations contestées seront tenus, dans la huitaine du mois accordé pour contredire, de s'accorder entre eux sur le choix d'un avoué; sinon ils seront représentés par l'avoué du dernier créancier colloqué. Le créancier qui contestera individuellement supportera les frais auxquels sa contestation particulière aura donné lieu, sans pouvoir les répéter ni employer en aucun cas. L'avoué poursuivant ne pourra, en cette qualité, être appelé dans la contestation.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 251, nos 64 à 70.] — Cod. proc. civ., art. 667, 770.— [Notre Dict. gén. de proc., vo *Ordre*, nos 108, 214, 215, 221, 222, 475 à 477.—Devilleneuve, *eod. verb.*, nos 111 et 144.

QUESTIONS TRAITÉES : Le saisi doit-il être appelé dans l'instance relative aux contestations? *Q.* 2577. —Les créanciers chirographaires peuvent-ils prendre part à la contestation des créances comprises dans l'état de collocation? *Q.* 2577 *bis*.— L'art. 760, en exprimant que l'avoué poursuivant ne peut être appelé dans la contestation, a-t-il seulement entendu que les créanciers ne peuvent choisir cet avoué pour avoué commun? *Q.* 2578. — Mais de ce que l'avoué du poursuivant ne peut être appelé en cette qualité, s'ensuit-il que celui-ci ne puisse faire cause commune avec les autres créanciers postérieurs? *Q.* 2579 (1).]

DXII. La loi, à défaut d'accord entre les créanciers sur le choix d'un avoué, veut qu'ils soient représentés de droit par celui du dernier colloqué, parce qu'ils peuvent et doivent spécialement se reposer sur les soins de l'officier dont le client court, plus que tout autre, le danger de n'être pas colloqué en ordre utile.

2577. ***Le saisi doit-il être appelé dans l'instance relative aux contestations?***

Le débiteur saisi, dit M. TARRIBLE, p. 681, paraît, quoique la loi ne s'exprime point à ce sujet, devoir être appelé dans l'instance, parce qu'il est partie nécessaire dans toute la procédure.

[[MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 275 et 195, et BERRIAT SAINT-PRIX, t. 2, p. 615, not. 17 et 18, se prononcent pour l'opinion de MM. Tarrible et Carré,

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Les frais faits par les créanciers qui contestent individuellement restent, non à la charge de la masse de l'ordre, mais à celle de leur auteur; Colmar, 16 janv. 1826 (*J. Av.*, t. 30, p. 386); Agen, 12 janv. 1825 (Ibid. t. 29, p. 185; *J. P.* 3e éd., t. 19, p. 42).

2° Ces frais ne peuvent être mis à la charge de la partie saisie, lorsque les créanciers, contestant individuellement, auraient dû se faire représenter par un seul avoué; Grenoble, 11 juillet 1823 (*J. Av.*, t. 9, p. 303; *J. P.* 3e éd., t. 18, p. 32).

3° Il faut adjuger au créancier contestant individuellement tous les frais communs qui n'ont pas fait double emploi; Grenoble, 1er août 1823 (*J. Av.* t. 9, p. 305; *J. P.*, 3e éd., t. 18, p. 90).

4° Ces décisions doivent être suivies en appel aussi bien qu'en première instance. (Arrêts précités.)]

qu'admet également un arrêt de Limoges du 15 nov. 1811 (*J. Av.*, t. 17, p. 206). Cependant l'opinion contraire a été soutenue par M. Coffinière (sur l'arrêt de Limoges), et adoptée par la Cour de Paris, 4 août 1810 (*J. Av.*, t. 17, p. 182; *J. P.*, t. 8, p. 515), pour le cas où les contestations sur lesquelles il s'agit de statuer seraient étrangères à la partie saisie. Posée en ces termes, la question n'est certainement pas susceptible de controverse; mais quand peut-on dire que le saisi n'a aucun intérêt à la contestation? C'est ce qu'il nous semble assez difficile de déterminer; la partie qui conteste fera donc bien de l'assigner dans tous les cas, soit en première instance, soit sur appel du jugement rendu sur le contredit.]]

[[**2577** bis. *Les créanciers chirographaires peuvent-ils prendre part à la contestation des créances comprises dans l'état de collocation?*

Sans doute, avons-nous dit, *Quest.* 2564 *sexies*; car ils ont intérêt à empêcher qu'on ne classe parmi les hypothécaires des créances peu sincères, ou qui ne doivent être qu'au nombre des chirographaires. Ils ont donc le droit d'intervenir dans l'ordre, de contester et de demander leur collocation sur les deniers restants, après que toutes les créances hypothécaires auront été acquittées.— S'ils contestent individuellement, ils s'exposent à supporter seuls les frais de l'incident. Mais dans le cas où ils se réunissent aux créanciers inscrits, concourent-ils au choix de l'avoué commun? M. LEPAGE, p. 521, 1ʳᵉ *Quest.*, 4ᵉ alinéa, décide, avec raison, la négative, et se fonde sur l'art. 760, qui n'appelle à ce choix que les créanciers postérieurs en ordre d'hypothèque aux collocations contestées. Si ces derniers ne se sont pas accordés pour le choix, c'est l'avoué du dernier créancier colloqué hypothécairement qui est chargé tant de la défense des créanciers inscrits que de celle des créanciers chirographaires.]]

2578. *L'art.* 760, *en exprimant que l'avoué poursuivant ne peut être appelé dans la contestation, a-t-il seulement entendu que les créanciers ne peuvent choisir cet avoué pour avoué commun?*

Oui, selon les auteurs du *Praticien*, t. 4, p. 170. L'avoué poursuivant l'ordre ne peut être chargé, disent-ils, de la part des créanciers contestants, parce qu'ils ont des intérêts distincts et souvent opposés à ceux du créancier poursuivant, et qu'il serait dangereux de mettre tous les intérêts dans la même main.

Mais M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 616, not. 18, n° 3, remarque avec raison que si l'on confère cet article avec l'art. 667, qui donne la même règle pour la distribution, et qui dit simplement que LE POURSUIVANT *ne pourra*, *en cette qualité*..., on voit que la loi ne s'est occupée que d'exclure la partie qui poursuit, parce qu'en cette seule qualité de *poursuivante*, elle n'a aucun intérêt à la contestation, et qu'il faut éviter des frais autant qu'il est possible : quant à son avoué, il nous semble qu'il n'y a ni inconvénient ni défense de le choisir pour avoué commun.

[[Telle est aussi notre opinion ; nous avons dit, sur la *Quest.* 2553 *bis*, qu'en matière d'ordre le même avoué peut occuper pour plusieurs créanciers ayant des intérêts opposés ; Grenoble, 6 août 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 265). En ce cas, et dans un but d'économie, on n'en devra pas moins, d'après un arrêt de la Cour de Toulouse du 4 mai 1824 (*J. Av.*, t. 26, p. 269), que nous approuvons, ne lui signifier qu'une copie du jugement qui statue sur les contredits; *Voy.* arrêt conforme de Poitiers, 11 mai 1826 (*J. Av.*, t. 30, p. 422; *J. P.*, 3ᵉ édit., t. 20, p. 482).]]

2579. *Mais de ce que l'avoué du poursuivant ne peut être appelé en cette qualité, s'ensuit-il que celui-ci ne puisse faire cause commune avec les autres créanciers postérieurs?*

Non, sans doute; il peut faire cause commune avec les autres créanciers postérieurs, si lui-même a cette qualité, et, comme eux, il peut contester individuellement, sauf à supporter les frais de cette contestation particulière. (*Voy.* TARRIBLE, p. 681; DEMIAU-CROUZILHAC, p. 463, et la *Quest.* 2188.)

[[Cette solution nous paraît évidente.]]

ART. 761. L'audience sera poursuivie par la partie la plus diligente, sur un simple acte d'avoué à avoué, sans autre procédure.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 252, n°s 71 à 73.] — Cod. proc. civ., art. 82, 405, 668 et 765.
[Notre Dict. gén. de proc., v° *Ordre*, n°s 61, 216, 218, 463 à 467. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n°s 341 à 354.

QUESTIONS TRAITÉES : Le simple acte par lequel l'audience est poursuivie, conformément à l'art. 761, doit-il contenir le dire portant contestation? *Q.* 2580. — Les parties à qui ce simple acte est signifié peuvent-elles répondre par écrit au dire qu'il contient? Le peuvent-elles faire à l'audience par le ministère d'avocat? *Q.* 2581. — Les frais en matière d'ordre doivent-ils toujours être taxés comme en mtière ordinaire? *Q.* 2581 *bis* (1).]

2580. *Le simple acte par lequel l'audience est poursuivie, conformément à l'art.* 761, *doit-il contenir le dire portant contestation de collocation?*

C'est notre opinion, fondée sur ce que les parties intéressées n'ont pas été présentes lorsque ce dire a été consigné au procès-verbal. Il forme d'ailleurs les conclusions de la sommation d'audience. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 184, n° 7, et 259.)

[[Nous partageons cet avis.]]

2581. *Les parties à qui ce simple acte est signifié peuvent-elles répondre par écrit au dire qu'il contient? Le peuvent-elles faire à l'audience* [[*et par le ministère d'avocat*]] *?*

Elles ne peuvent répondre par écrit, ou du moins ces écrits ne passeraient point en taxe (Voy. *Praticien*, t. 4, p. 470.). C'est à l'audience seulement, dit M. PIGEAU, t. 2, p. 260, qu'il est permis de répondre aux conclusions de l'acte dont il s'agit, puisque l'art. 761 porte qu'elle sera poursuivie par un simple acte, *sans autre procédure.*

Ainsi, M. Pigeau suppose que les parties peuvent plaider après le rapport que le juge-commissaire aura fait, conformément à l'art. 762. C'est aussi l'opinion que nous avons émise (Voy. *Quest.* 2190) sur les art. 666 et 668, qui contiennent des dispositions absolument semblables à celles des art. 761 et 762.

Cependant la Cour de Montpellier, par arrêt du 26 février 1810 (*J. Av.*, t. 17,

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° L'intervention dans une instance d'ordre, par voie de comparution au procès-verbal est irrégulière et non recevable si elle n'est signifiée aux parties intéressées par acte d'avoué. Metz, 17 déc. 1824 (*J. Av.*, t. 29, p. 288).

2° En matière d'ordre et de collocation, on peut procéder par prête-nom, pourvu que ce soit sans dol ni fraude, et le véritable ayant cause peut, quand il le juge convenable, paraître en son nom dans l'instance, et demander à être subrogé à son mandataire, sans qu'il soit nécessaire qu'il prenne la voie de l'intervention. Bordeaux, 21 nov. 1828 (*J. Av.*, t. 38; p. 23; *J. P.* 3e éd., p. 372).]

p. 170; *J. P.*, 3e éd., t. 8, p. 134), a jugé le contraire, dans l'espèce de ces deux derniers articles, attendu que le premier porte que le jugement sera rendu sur le rapport du juge-commissaire, et les conclusions du ministère public, et que ce serait ajouter à la loi que de recevoir les parties à plaider.

Nonobstant cette décision, nous persistons dans notre opinion, par les raisons que nous avons fait valoir sur la question précitée, et surtout par cette considération qu'oppose M. Coffinière contre les motifs énoncés dans l'arrêt de Montpellier : c'est que ce serait au contraire ajouter aux prohibitions de la loi, que de refuser aux créanciers le droit de présenter leurs moyens respectifs devant le tribunal, puisqu'aucun article du Code ne les prive de ce droit. (Voy. *J. Av.*, *ubi suprà.*)

Nous ajouterons que ce serait vainement que l'on opposerait ici l'art. 111, portant qu'après un rapport sur délibéré ou instruction par écrit, les défenseurs n'auront, sous aucun prétexte, la parole, et pourront seulement remettre sur-le-champ au président de simples notes énonciatives des faits, dans lesquels ils prétendraient que le rapport a été incomplet ou inexact. On sent qu'il n'y a à tirer de cet art. 111, fait pour deux cas où il y a eu des plaidoiries ou des écritures, aucune induction relativement à celui des art. 761 et 762, qui n'admettent aucune procédure.

[[Les Cours de Nancy, 23 juillet 1812 (*J. Av.*, t. 17, p. 170); et d'Orléans, 25 février 1819 (*J. Av.*, t. 17, p. 344), comme la Cour de Montpellier, dans l'arrêt précité, ont décidé que la loi n'autorise pas de plaidoiries, mais seulement de simples notes : toutefois leur opinion ne nous paraît pas devoir être admise; elle a contre elle la pratique générale des tribunaux de France; *Voy.* notre *Comment. du Tarif*, t. 2, p. 255, n° 73, et l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 25 juillet 1833 (*J. Av.*, t. 46. p. 54; *J. P.*, 3e édit., t. 25, p. 734); *Voy.* aussi notre *Quest.* 478.

La Cour de Paris, par arrêt du 2 germ. an XIII (*J. Av.*, t. 17, p. 117), a décidé que les mémoires, requêtes et autres écritures signifiées par le poursuivant, pour parvenir à l'ordre, ne doivent ni entrer en taxe, ni être acquittées par privilége. Si ces principes étaient vrais sous la loi du 11 brum. an VII, à plus forte raison le sont-ils aujourd'hui que l'art. 761 veut que l'audience soit poursuivie *sur un simple acte d'avoué à avoué sans autre procédure*; aussi la Cour d'Orléans, par arrêt du 18 juin 1817 (*Coll. Del.*, t. 2, p. 399), a-t-elle déclaré que les parties ne peuvent pas signifier de conclusions motivées, et la Cour de Colmar, le 16 janv. 1826 (*J. Av.*, t. 30, p. 386), que les frais de dupliques et de tripliques sur le procès-verbal d'ordre ne doivent point passer en taxe; *Voy.*, sur toutes ces questions, notre *Comment. du Tarif*, t. 2, p. 252 et suiv., nos 71, 72 et 73.]]

[[**2581** bis. *Les frais en matière d'ordre doivent-ils toujours être taxés comme en matière ordinaire?*

Sur les distinctions que nécessite la solution de cette question, Voy. notre *Comment du Tarif*, t. 2, p. 254, nos 76, 465 et suiv., et les arrêts de la Cour de Paris des 13 déc. 1809, et 1er avril 1811 (*J. Av.*, t. 9, p. 188 et 205); ceux de Nîmes, du 8 avril 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 224; *J. P.*, 3e éd., t. 7, p. 922, et t. 9, p. 229); Lyon, 19 mai 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 300); d'Orléans, 28 août 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 173); *Voy.* aussi M. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 443.]]

Art. 762. Le jugement sera rendu sur le rapport du juge-commissaire et les conclusions du ministère public; il contiendra liquidation des frais.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 253, nos 74 à 78.] — Cod. de proc. civ., art. 543, 666, 668. — [Notre Dict. gén. de proc., vo *Ordre*, nos 57, 217 à 220, 225 à 241, 355, 357, 453, 454. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 355 à 396.

QUESTIONS TRAITÉES : Le jugement rendu, sur simple renvoi du juge-commissaire à l'audience, sans avenir préalablement signifié d'avoué à avoué, serait-il valable ? *Q.* 2581 *ter.* — Un jugement d'ordre serait-il valable, s'il n'y était pas fait mention qu'il a été rendu sur le rapport du juge-commissaire ? *Q.* 2581 *quater.* — Le ministère public doit-il, à peine de nullité du jugement, donner ses conclusions ? Son intervention dans l'instance d'ordre est-elle requise dans tous les cas ? *Q.* 2581 *quinquies.* — De ce que le jugement est rendu sur rapport, s'ensuit-il qu'il ne soit pas susceptible d'opposition ? *Quid* de la jonction du profit du défaut ? *Quid* en appel ? *Q.* 2582. — Un tribunal peut-il ordonner l'exécution provisoire d'un jugement intervenu sur un ordre ? *Q.* 2582 *bis.* — Le tribunal peut-il, d'office, écarter une créance, lorsqu'elle a été utilement colloquée par le juge-commissaire, et qu'elle n'a été contredite par aucun créancier ? *Q.* 2582 *ter* (1).]

[[**2581** ter. ***Le jugement rendu, sur simple renvoi du juge-commissaire à l'audience, sans avenir préalablement signifié d'avoué à avoué, serait-il valable?***

Un arrêt de la Cour royale de Paris du 20 novembre 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 356; *J. P.*, 3e édit., t. 27, p. 710; DEVILL., 1836.2.140), non-seulement s'est prononcé pour la négative, mais a même déclaré que la nullité provenant d'une telle omission est substantielle.

Tout en approuvant cette solution, il faut dire avec la Cour de Nîmes, 19 novembre 1819 (*J. Av.*, t. 17, p. 352), que le jugement n'est pas nul pour avoir été rendu à une autre audience que celle indiquée par le juge-commissaire, dans son ordonnance, et par l'acte signifié aux avoués de la cause, au nom de la partie qui poursuit l'audience. La loi n'exige point, en effet, que le commissaire indique le jour où il fera son rapport; elle n'oblige pas le tribunal à l'entendre au jour déterminé; rien ne s'oppose donc à ce qu'il soit fait à une audience subséquente, lorsque la loi ne prononce aucune nullité. Il y a d'ailleurs ici une raison d'équité qu'il est facile de sentir; la partie qui n'a pas eu connaissance du renvoi à l'audience, ordonné par le juge-commissaire, est en droit de se plaindre, mais non si la partie ayant été dûment appelée, le tribunal renvoie à un autre jour le jugement de l'affaire; le juge-commissaire et le poursuivant ont fait alors tout ce qui dépendait d'eux, et les créanciers possèdent tous les renseignements dont ils ont besoin.]]

[[**2581** quater. ***Un jugement d'ordre serait-il valable, s'il n'y était pas fait mention qu'il a été rendu sur le rapport du juge-commissaire?***

Oui, d'après la Cour de Grenoble, 8 juillet 1823 (*J. Av.*, t. 17, p. 367), si ce juge est du nombre de ceux qui ont rendu le jugement. Nous concevons, jusqu'à un certain point, que cette Cour n'ait pas prononcé la nullité dans l'espèce qui lui était soumise, non à cause du silence de la loi à cet égard, mais parce qu'il était certain, en fait, que le juge-commissaire avait participé au jugement, ainsi que cela résulte des termes de l'arrêt. Mais qu'aurait-on décidé dans le

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° La partie saisie ne peut pas, en vertu du jugement d'ordre et par voie d'exécution, contraindre l'adjudicataire au paiement du restant du prix d'adjudication, déduction faite des créances colloquées. En d'autres termes : le jugement d'ordre n'est pas un titre exécutoire pour la partie saisie contre l'adjudicataire ; Bruxelles, 13 avril 1822 (*J. P.*, 3e éd., t. 17, p. 260).

2° Un tribunal ne peut, d'après de simples présomptions, et en l'absence de tout acte, décider que des créanciers ont renoncé au rang que leur assurait leur hypothèque; Cassation, 1er mai 1815 (*J. Av.*, t. 17, p. 291, et *J. P.*, 3e éd., t. 12, p. 704).]

cas où le juge-commissaire n'aurait pas fait son rapport, ou même n'aurait pas pris part au jugement, après le rapport fait, soit par suite de décès, soit par tout autre empêchement? Pourrait-on dire encore qu'il n'y a pas nullité, attendu que la loi ne la prononce pas? Pourrait-on invoquer avec avantage l'art. 1030? Nous ne le pensons pas. Il s'agit ici, selon nous, d'une formalité essentielle et constitutive du jugement, en matière d'ordre : son absence est un vice radical. C'est par un sentiment de sagesse, et dans l'intérêt d'une bonne justice, que le législateur a voulu qu'il y eût des rapports sur les difficultés qui s'élèvent dans les ordres et les contributions, et qui sont ordinairement fort graves et fort compliquées : comment prononcer en connaissance de cause, sans l'exposé et les éclaircissements du juge-commissaire, sans son concours à la rédaction du jugement? Cette double formalité nous semble d'autant plus nécessaire que quelques tribunaux refusent aux parties le droit de faire présenter à l'audience leurs moyens par le ministère des avoués ou des avocats. Et comment jugera-t-on si, d'une part, on refuse d'entendre les plaidoiries, et si, d'un autre côté, on juge en l'absence du rapporteur, ou sans qu'il ait fait l'exposé de la cause? A quels abus n'exposerait pas un pareil système, qui a d'ailleurs l'inconvénient fort grave d'être en opposition avec le vœu manifeste de la loi?... Par ces diverses considérations, nous pensons qu'il doit être rejeté. La seule objection possible, c'est que l'art. 762 ne prononce pas la nullité, cela est vrai; mais l'art. 141, Cod. proc. civ., ne la prononce pas non plus, et cependant on peut consulter, t. 1er, p. 711, *Quest.* 594, les décisions qui la suppléent. Assurément les formalités prescrites par l'art. 141, pour la plupart, ne sont pas plus importantes que le rapport, en matière d'ordre. Au surplus, et quelle que soit l'opinion de nos lecteurs sur cette question, que les auteurs n'ont point examinée, tout le monde conviendra qu'il vaut mieux se conformer à la loi que de livrer toute une procédure aux chances et aux incertitudes des décisions judiciaires. Le moyen de prévenir toute difficulté est trop simple pour être négligé; il suffit de faire nommer un nouveau juge-commissaire, toutes les fois que le premier ne pourra plus concourir au jugement, par suite d'un empêchement quelconque : dans ce cas, il faudra un nouveau rapport.

Nous nous contenterons de mentionner ici, en les approuvant, deux arrêts, l'un de Bourges, 16 août 1828 (*Journ.* de cette Cour, 7e année, p. 281), qui a reconnu que lorsque deux audiences sont la suite l'une de l'autre, il n'est pas nécessaire que le rapport soit renouvelé lors de la dernière; et le second, de Bordeaux, 3 juin 1829 (*Journ.* de cette Cour, t. 4, p. 327; *J. P.*, 3e édit.; t. 22, p. 1095), d'après lequel, lorsque le juge-commissaire, chargé de procéder à un ordre, passe, par suite du roulement annuel, à une autre chambre que celle qui avait connu de l'affaire, c'est à la chambre à laquelle il est nouvellement attaché qu'il doit faire son rapport.]]

[[**2581** quinquies. *Le ministère public doit-il, à peine de nullité du jugement, donner ses conclusions? Son intervention dans l'instance d'ordre est-elle requise dans tous les cas?*

La première question doit être résolue affirmativement. Les conclusions du procureur du roi, dans le cas où elles sont requises, doivent être regardées comme une mesure d'ordre public, dont l'exécution est rigoureusement nécessaire; or, l'art. 762 exige l'accomplissement de cette formalité; *Voir*, dans ce sens, arrêt de Colmar, 4 décembre 1833 (*Journ.* de cette Cour, 1833, p. 255).

La Cour de cassation a jugé, le 15 février 1836, d'une manière analogue; avec cette restriction néanmoins, que la communication au ministère public (et, par suite, ses conclusions), n'est prescrite que pour la procédure de première instance, et n'est pas nécessaire en appel (*J. Av.*, t. 50, p. 302; DEVILL.

1836.1.471). M. LEPAGE, p. 525, 6e *Quest.*, émet une opinion contraire, mais il ne s'appuie que sur des considérations qui ne peuvent prévaloir sur le moti, tiré du silence de la loi, et de la combinaison des dispositions des art. 763, 764, 765 et 766, qui tracent la marche de la procédure d'appel en cette matière.

Quant à la seconde question, l'affirmative a été plaidée par M. Persil, dont on peut voir le mémoire dans son excellent ouvrage, t. 2, p. 432, § 10, devant la Cour de Paris ; néanmoins cette Cour nous paraît avoir établi les véritables principes en décidant, le 9 août 1817 (V. *J. P.*, 3e édit., t. 14, p. 415), que l'intervention du ministère public dans une instance d'ordre n'est prescrite qu'en vue et dans l'intérêt de la masse des créanciers; qu'elle ne s'étend point au cas où un créancier, ou un adjudicataire majeur, maître de ses droits, agit seul et pour son propre compte, contre la masse ou partie de la masse des créanciers.]]

2582. *De ce que le jugement est rendu sur rapport, s'ensuit-il qu'il ne soit pas susceptible d'opposition?* [[Quid *de la jonction du profit du défaut?*— Quid *en appel?*]]

La Cour de Caen faisait observer, sur le projet de Code, qu'encore bien que l'art. 109 de ce projet disposât que les jugements rendus sur productions ne seraient pas susceptibles d'opposition, néanmoins, comme la procédure en matière d'ordre n'était pas la même, on pourrait douter que le jugement rendu sur contestation de collocation fût soumise à ce genre de pourvoi ; elle demandait que le législateur s'expliquât à ce sujet.

Dès que le Code s'explique clairement dans l'art. 113, disent les auteurs du *Praticien*, t. 4, p. 468, il eût été inutile de replacer au titre de l'Ordre une disposition semblable; aussi l'on doit décider que le jugement dont il s'agit n'est pas susceptible d'opposition.

La Cour de Paris avait consacré cette opinion, par arrêt du 28 janvier 1809 (*S.* 15.2.188, et *J. Av.*, t. 17, p. 145), attendu qu'un jugement d'ordre est un jugement sur rapport, et par cela même non susceptible d'opposition; et enfin la Cour de cassation, par arrêt du 19 novembre 1811, a décidé de la même manière (*S.* 12.1.48; *J. Av.*, t. 17, p. 147).

[[Dans notre tome 2, page 40, *Quest.* 621 *quinquies*, n° 5 (1), nous nous sommes prononcé pour l'opinion de M. Carré; car, comme nous l'avons dit *Quest.* 2423 *decies,* au titre de la *Saisie immobilière*, les deux idées d'opposition et de défaut-joint sont essentiellement corrélatives; les Cours de Colmar, 17 avril 1807, et Liége, 19 fév. 1810 (*J. Av.*, t. 17, p. 126 et 169; DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.2.228; 3.2.212), ont néanmoins, comme M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 264, adopté l'opinion contraire. Mais on oppose à ces décisions une jurisprudence imposante; Besançon, 10 mai 1809 (*J. Av.*, t. 17, p. 145); Colmar, 5 déc. 1812, 26 juin 1813 et 13 mai 1817 (*Ibid.*, t. 17, p. 232 et 321); Grenoble, 2 mai 1818 (*Ibid.*, p. 341 ; DEVILL., *Collect. nouv.*, 4.2.210, 380; 5.2.250, 379); Aix, 30 novembre 1825, Cassation, 13 juin 1827 (*Ibid.*, t. 32, p. 58, et t. 33, p. 346), et les arrêts cités par M. Carré.

La procédure nécessitée par les contestations, en cette matière, peut être assimilée à une instruction par écrit qui se termine par le rapport fait à l'audience du juge-commissaire, et si nous accordons le droit de plaidoirie (*Quest.* 478 et 2581), c'est par le motif que le développement des moyens de défense étant de droit naturel et de principe général en France, il faut une disposition formelle pour que l'exclusion soit prononcée (art. 111, Cod. proc. civ.).

---

(1) Le 30 mai 1842, la Cour de Riom a décidé la même question de défaut-joint dans le même sens (*Presse judiciaire de Riom*, n°191, du 28 juillet 1842).

On comprendra que notre solution est applicable aux distributions par contribution (*Quest.* 2190 *bis*).

Des principes que nous venons d'adopter résulte cette conséquence forcée que l'exécution des jugements rendus peut avoir lieu par la clôture définitive de l'ordre, plus de six mois après la prononciation de ces jugements, et que l'art. 159 n'est pas applicable en pareille matière, ainsi que l'a jugé la Cour de Toulouse, le 10 février 1840 (*J. Av.*, t. 59, p. 467).

Mais que devra-t-on décider sur l'appel? La procédure devient alors une procédure ordinaire à laquelle sont applicables les règles spéciales de l'opposition, de la péremption des jugements par défaut, de la péremption ordinaire de trois ans, etc.

Nous ne voyons aucune raison plausible d'assimiler la procédure suivie devant les Cours royales aux procédures indiquées par la loi, et consacrées par la doctrine, pour l'instruction et le jugement devant les tribunaux de première instance. Dans plusieurs articles du titre de la *Saisie immobilière*, quoique le rédacteur du projet de loi eût déclaré que l'opposition contre les jugements serait non recevable, il n'en avait pas moins pris la précaution d'exprimer que les arrêts ne seraient pas susceptibles d'opposition. (*Voy.* notre *Quest.* 2423.)]]

[[**2582** bis. *Un tribunal peut-il ordonner l'exécution provisoire d'un jugement intervenu sur un ordre?*

Non; l'art. 135, Cod. proc. civ., est évidemment inapplicable en matière d'ordre; il ne concerne que les contestations ordinaires dans lesquelles l'une des parties réclame l'exécution d'un acte authentique, et demande que le jugement de condamnation soit déclaré exécutoire, nonobstant l'appel. Notre titre 14 renferme une législation spéciale en ce qui touche les règlements des créanciers sur le prix des immeubles vendus sur leur débiteur, volontairement ou judiciairement; et il n'est aucune disposition dans ce titre qui autorise l'exécution provisoire des jugements qui interviennent sur des ordres, et qui statuent sur des questions agitées entre les prétendants à la distribution des prix d'adjudication ou de vente, parce que, dans ce cas, il ne s'agit pas d'action personnelle, de l'action d'un créancier contre son débiteur. Les Cours de Grenoble, le 23 fév. 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 106); et de Pau, les 13 novembre et 22 déc. 1824 (*Ibid.*, t. 29, p. 205; *J. P.*, 3e édit., t. 18, p. 1100 et 1258), en le décidant ainsi, nous paraissent s'être conformés aux véritables principes de la matière.]]

[[**2582** ter. *Le tribunal peut-il, d'office, écarter une créance, lorsqu'elle a été utilement colloquée par le juge-commissaire, et qu'elle n'a été contredite par aucun créancier?*

Le tribunal n'a pas ce pouvoir, quelque peu fondée que soit d'ailleurs la créance, d'après un arrêt de la Cour royale de Bordeaux du 24 janvier 1837 (*J. Av.*, t. 52, p. 210; *J. P.*, t. 2, 1838, p. 433; DEVILL., 1837.2.280), dont nous approuvons la doctrine. En effet, à défaut de tout contredit, l'état de collocation est devenu définitif et inattaquable; tout créancier, qui en a pris connaissance sans contester, est censé y avoir adhéré.

L'intervention du tribunal n'est d'ailleurs prescrite par la loi, que tout autant qu'il existe un débat sur la légitimité de la créance, débat auquel le juge-commissaire ne peut mettre fin de sa propre autorité; mais à défaut de contestation c'est ce dernier, aux termes de l'art. 759, qui fait la clôture de l'ordre et ordonne la délivrance des bordereaux de collocation: ne tenir aucun compte de sa décision, sanctionnée par l'approbation des autres créanciers, serait de la part du tribunal un véritable excès de pouvoir.]]

Art. 763. L'appel de ce jugement ne sera reçu, s'il n'est interjeté dans les dix jours de sa signification à avoué, outre un jour par trois myriamètres de distance du domicile réel de chaque partie; il contiendra assignation, et l'énonciation des griefs.

Cod. proc., art. 444, 659, 1033. — [Notre Dict. gén. de pr., v'' *Ordre*, n°' 120, 243 à 251, 254 à 264, 269, 271 à 273, 291 à 293, 299 à 354, 387; *Appel*, n°s 120, 472, 480, 679, et *Requête civile*, n° 11. — Devilleneuve, v° *Ordre*, n°s 112 à 143. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n°s 397 à 498. — Carré, *Compétence*, édit. in-8°, t. 4, p. 316, *Quest.* 305.

Questions traitées : Que doit contenir, pour faire courir le délai d'appel, la signification du jugement faite à l'avoué? *Q.* 2583. — Le jugement rendu sur contredit doit-il être signifié à toutes les parties qui ont figuré dans l'ordre? *Q.* 2583 *bis*. — Le jugement qui, aux termes de l'art. 763, doit être signifié à avoué, doit-il l'être en même temps à la partie? *Q.* 2583 *ter*. — Le poursuivant a-t-il qualité pour faire courir le délai de l'appel contre toutes parties, en signifiant le jugement aux autres créanciers? *Q.* 2583 *quater*.—L'appel du jugement qui a statué sur les contestations doit-il être signifié à personne ou domicile, et non au domicile de l'avoué de l'intimé? *Q.* 2584. — L'appel du jugement d'ordre peut-il être signifié au domicile élu dans l'inscription? *Q.* 2585. — L'appel est-il valablement signifié au domicile indiqué dans le jugement, et tous les actes de la procédure, quoique la partie ait choisi depuis un autre domicile? *Q.* 2586. — Le délai pour appeler d'un jugement rendu sur un ordre doit-il, dans tous les cas, être restreint à dix jours? *Q.* 2586 *bis*. — Le délai de l'appel doit-il être restreint à dix jours pour un jugement d'ordre rendu sous l'empire du Code de procédure, en exécution de la loi du 11 brumaire an VII, et dans la forme tracée par cette loi? *Q.* 2587. — L'appel est-il recevable, s'il ne contient pas énonciation des griefs, et doit-il contenir assignation? *Q.* 2588. — Le créancier qui a appelé d'un jugement d'ordre, peut-il attaquer en cause d'appel des collocations qui ont été fixées sans contestation dans ce même jugement d'ordre? Peut-il présenter en appel des moyens qu'il n'a pas invoqués en première instance? *Q.* 2588 *bis*.— Des créanciers qui, en cause principale, n'ont pas contesté la collocation demandée et obtenue par un autre créancier, sont-ils recevables à appeler du jugement qui accorde cette collocation, lorsque d'ailleurs elle avait été contestée par le créancier poursuivant l'ordre, et que celui ci a lui-même appelé du jugement de collocation? *Q.* 2589. — En quel cas un créancier, qui ne s'est pas présenté à l'ordre, peut il appeler du jugement? En quel cas ne peut-il intervenir sur l'appel pour contester? *Q.* 2590. — Le créancier qui, par suite du jugement d'ordre, dans lequel il a été partie, se trouve rejeté de l'ordre, peut-il se rendre intervenant sur l'appel interjeté de ce jugement par d'autres créanciers? *Q.* 2590 *bis*.— L'appel d'un jugement d'ordre doit-il être signifié, non pas seulement aux créanciers directs colloqués, mais encore aux créanciers en sous-ordre qui figurent dans ce jugement, et qui doivent profiter de la collocation? *Q.* 2591. — S'il n'est pas nécessaire que les créanciers en sous-ordre soient intimés sur l'appel, s'ensuit-il qu'ils ne puissent appeler du jugement qui aurait rejeté la collocation répartie entre eux? *Q.* 2592. — Faut-il, à peine de nullité, que toutes les parties qui ont figuré dans l'ordre soient intimées sur l'appel du jugement qui a statué sur une contestation? Quelles sont les parties qui sont censées avoir intérêt dans la cause? *Q.* 2592 *bis*. — L'appel d'un jugement qui prononce sur des contestations quelconques, relatives à l'ordre, est-il suspensif de la clôture? *Q.* 2593. — L'objet du jugement d'ordre est il fixé, relativement à chaque créancier, par la totalité des sommes à distribuer, de sorte que l'un d'eux puisse en interjeter appel, quoique la somme pour laquelle on lui a refusé la collocation ne s'élève pas à 1500 fr.? *Q.* 2594 (1).]

2583. *Que doit contenir, pour faire courir le délai d'appel, la signification du jugement faite à l'avoué?*

La Cour de Bordeaux a jugé le 23 janvier, celle de Besançon le 29 août 1811, celle de Metz le 17 août 1815 (*J. Av.*, t. 21, p. 257; Devill., *Collect. nouv.*, 3.2.400, 564; 5.2.56, et *J. P.*, 3e édit., t. 9, p. 50 et 610; t. 13, p. 47), que

---

(1) **Jurisprudence.**

[Nous pensons que :

1° L'appel du jugement qui déboute une partie de son opposition au règlement d'ordre clos ne peut saisir la Cour d'une demande en annulation des diverses procédures antérieures à la clôture de l'ordre; Rennes, 11 janv. 1813 (*J. Av.*, t. 17, p. 235; *J. P.*, 3e édit., t. 11, p. 24);

2° Le curateur à une succession vacante ne peut pas se plaindre d'avoir été débouté d'une demande en collocation dans un ordre, s'il ne se porte appelant du jugement contre ceux qui en ont provoqué le rejet; Rennes, 25 avril 1820 (*J. Av.*, t. 17, p. 355; *J. P.*, 3e édit., t. 15, p. 940);

3° Lorsque le poursuivant a réitéré comme nulle la signification d'un jugement d'ordre faite à l'un des créanciers, c'est seulement à partir de cette deuxième signification que court le délai de l'appel à l'égard de celui-ci; Paris, 20 juill. 1811 (*J. Av.*, t. 17, p. 203).]

cette signification devait contenir la triple mention du nom de l'avoué à la requête duquel elle est faite, de la personne à laquelle la copie a été remise, et de la qualité du signataire, attendu que l'omission de ces diverses énonciations fait que l'acte manque des formalités substantielles constamment observées dans l'usage, et dont il doit d'autant moins être exempt, dans l'espèce de l'art. 763, qu'il tient lieu de signification à personne ou domicile, et fait courir le délai de l'appel.

Cependant la Cour de Rennes, par arrêt du 1er juin 1813 (*J. Av.*, t. 10, p. 438), a jugé que si le législateur avait voulu que les formalités prescrites par l'art. 61 fussent observées pour les significations de jugements d'ordre à faire aux avoués, il s'en serait formellement expliqué, et elle a déclaré que les Cours et tribunaux, chargés de maintenir et d'appliquer les formes de procédure, ne devaient pas les étendre d'un cas à un autre. Quoi qu'il en soit, nous persistons à croire que l'on doit suivre la jurisprudence adoptée par les arrêts que nous venons de rapporter. (V. *Quest.* 281 et 282.)

[[Nous avons déjà établi, sous la *Quest.* 282 (tom. 1er, p. 318) :

Que le Code de procédure ne trace aucune forme particulière en ce qui concerne les significations d'avoué à avoué;

Que ces actes ne sont point par conséquent assujettis aux formalités prescrites pour la validité des ajournements;

Que dès lors les seules énonciations rigoureusement nécessaires sont celles sans lesquelles l'acte serait dépourvu des conditions indispensables au but que la loi se proposait en l'établissant.

Enfin, nous avons montré que la jurisprudence, qui a établi ces divers principes, tend, en général, et sauf quelques dissidences peu tranchées, à soumettre à leur empire toutes significations d'avoué à avoué, en quelque matière qu'elles soient prescrites par la loi.

Ces dissidences dont nous parlons se manifestent surtout à l'égard des significations de jugements rendus sur contredits, significations que l'art. 763 prescrit d'adresser à avoué, et qui rentrent par conséquent dans la classe des actes dont nous nous occupons ici.

Mais comme ni M. Carré, ni les Cours dont il invoque l'opinion, ni celle de Metz, 5 juin 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 158), ni celle de Bruxelles, 8 avril 1829 (*Journ.* de cette Cour, 1829, t. 2, p. 93), qui, avec M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 326, ont admis la même doctrine, ne vont pas jusqu'à dire que toutes les conditions de la validité des exploits d'ajournement sont également requises pour la signification des jugements rendus en matière d'ordre, le fondement sur lequel repose leur opinion en ce qui concerne la nécessité de certaines formes prescrites par l'art. 61, devient absolument sans force dans une matière que cette dernière disposition ne régit pas.

La question se réduit donc à savoir si les énonciations exigées par ces auteurs et ces arrêts sont tellement nécessaires à l'acte que leur inaccomplissement rende impossible le but dans lequel il est établi.

Or, qui soutiendra que la mention du nom de l'avoué est de ce nombre, lorsque c'est son propre acte que l'on signifie, aussi bien que la qualité du signataire, que ne peut méconnaître celui à qui la signification est adressée ?

Ainsi les seules formes de l'art. 61 qui nous paraissent indispensables dans ce cas sont :

1° La date de la signification, qui établit le point de départ du délai dans lequel doit être interjeté l'appel;

2° La mention de la personne à qui a été laissée la copie de la signification puisque tel est le seul moyen de constater cette remise.

Voy. au reste nos explications et les arrêts cités sous la *Quest.* 282.]]

[[2583 bis. *Le jugement rendu sur contredit doit-il être signifié à toutes les parties qui ont figuré dans l'ordre?*

A l'égard des créanciers qui ont été parties au jugement, l'affirmative ne souffre aucune difficulté.

« Il est constant, dit M. Carré, dans une consultation en date du 17 juin 1820, que le jugement doit être signifié aux avoués de toutes les parties y dénommées, puisqu'elles peuvent en relever appel, et que, suivant l'art. 669, Cod. proc. civ., cet appel doit être interjeté dans les 10 jours de la signification à l'avoué. »

Il convient toutefois de faire remarquer avec la Cour d'Orléans, arrêt du 16 juin 1821 (*J. Av.*, t. 42, p. 345, à la note), qu'aucune signification n'est due à la partie envers laquelle il n'a rien été statué, quoique son nom figure dans les qualités du jugement. Des frais de signification de ce genre seraient rejetés de la taxe.

En ce qui concerne les créanciers qui ont figuré à l'ordre, mais non dans les contestations sur lesquelles le jugement est intervenu, nous pensons que la signification qui leur serait faite devrait être considérée comme frustratoire et sans objet.

Un tel acte n'a effectivement d'autre avantage que d'apprendre aux intéressés la décision du tribunal et de les mettre en demeure de l'attaquer par des voies légales, si elle leur porte préjudice. Or, cet avantage ne se rencontre pas dans une signification faite aux avoués autres que ceux qui figurent dans le jugement, puisqu'ils n'ont ni intérêt à le connaître, ni qualité pour se pourvoir. A leur égard, qu'importe la décision intervenue, qui n'est pas susceptible de leur inférer grief?

Ceci ne s'applique, comme on le voit, qu'aux avoués des créanciers antérieurs à celui dont la collocation a été contestée; mais en doit-il être différemment à l'égard de ceux qui, bien que représentant des créanciers postérieurs, n'ont cependant pas figuré au jugement?

Nous ne le pensons pas.

En effet, ou les créanciers dont il s'agit n'ont point été parties dans la contestation, parce qu'ils n'ont pas voulu y figurer par un motif quelconque, et alors ils sont censés avoir adhéré (TARRIBLE, *Nouv. Répert.*, p. 680), et en tout cas, ils ont perdu le droit d'agir, de sorte que toute signification est inutile; ou ils ont été parties au jugement, mais se sont trouvés représentés par l'avoué désigné d'un commun accord par tous les contestants, ou par l'avoué du dernier créancier colloqué (art. 760, Cod. proc. civ.), et dans ce cas encore, la signification du jugement à tout autre avoué qu'à l'avoué commun est sans objet; il y a plus, elle est contraire à la loi.

Ce n'est pas sans raison que l'art. 760, Cod. proc. civ., a voulu qu'un seul avoué représentât tous les contestants; il a eu surtout pour objet de prévenir ces frais énormes de significations et de procédures, qui eussent absorbé la majeure partie de l'actif au grand préjudice des créanciers. C'est dans ce but qu'il n'a même pas voulu que l'avoué *poursuivant* figurât *en cette qualité* dans les contestations sur le règlement provisoire et qu'il a décidé que les contestations *individuelles* resteraient à la charge des créanciers, qui ne pourraient ni les répéter, ni les employer (1).]]

---

(1) [La signification, dit JOUSSE (*Comm. sur l'ord. civ.*, t. 1, p. 196, note 3), quand il y a plusieurs parties au procès, ne doit être faite qu'au procureur de celui dont la production a été contredite, et non aux autres; car c'est une maxime générale en ma-

[[**2583 ter.** *Le jugement qui, aux termes de l'art.* 763, *doit être signifié à avoué doit-il l'être en même temps à la partie?*

Il nous semble que cette dernière signification serait frustratoire. En pareille matière, il y a identité entre la partie et son avoué; la loi fait courir le délai de l'appel du jour même de la signification adressée à ce dernier, et l'augmentation à raison des distances, prescrite par l'art. 763, ne concerne que le délai de la signification de l'appel. On ne voit point d'ailleurs à quoi servirait la signification à la partie du jugement intervenu. Qu'importe, en effet, qu'elle obtienne une connaissance personnelle du jugement, puisque la brièveté du délai établi par la loi le mettra bien souvent dans l'impossibilité d'en faire usage? La loi a voulu qu'en pareil cas l'avoué et sa partie fussent tellement considérés comme confondus, que la signification faite à l'un fût regardée comme faite à l'autre; que l'acquiescement donné à un jugement d'ordre signifié seulement à avoué, dût produire tous ses effets. C'est une dérogation aux règles ordinaires, exigée par la célérité et la simplicité, qui sont les principaux besoins de cette procédure.

La doctrine que nous émettons ici a soulevé quelques contradictions (Voy. *J. Av.*, t. 43, p. 408, ainsi que nos observations sur ce point), mais elles ne sont pas de nature à l'emporter sur la manifestation si formelle de la volonté du législateur d'éviter les frais d'une double signification.

Nous ne connaissons point d'arrêt qui ait décidé la question *in terminis;* mais les principes de notre solution sont admis par la jurisprudence; ainsi il a été jugé :

1° Par la Cour de Poitiers, 11 mai 1826 (*J. Av.*, t. 30, p. 422, et *J. P.*, 3e édit., t. 20, p. 482), que la signification à avoué du jugement d'ordre ne doit pas être faite en autant de copies qu'il y a eu de créanciers représentés par l'avoué qui les reçoit.

2° Par la Cour de cassation, 10 mai 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 439; *J. P.*, 3e édit., t. 27, p. 1333; DEVILL., 1836.1.783), qu'il suffit d'une seule copie à l'avoué représentant les créanciers postérieurs aux derniers colloqués.

Ces décisions supposent évidemment que la notification est étrangère à la personne des parties.]]

[[**2583 quater.** *Le poursuivant a-t-il qualité pour faire courir le délai de l'appel contre toutes parties, en signifiant le jugement aux autres créanciers?*

QUID *de la notification faite par un créancier ordinaire?*

Pour l'affirmative de la question, on peut dire que le poursuivant a, dans l'intérêt commun, la direction de la procédure, et qu'ainsi la signification qu'il fait du jugement met les créanciers en demeure d'en interjeter appel, sous peine de déchéance, dans le délai déterminé par la loi. Toutefois cet argument n'est

---

tière de procédure, qu'on ne doit jamais rien signifier qu'à ceux dont on conteste les droits, ou contre lesquels on prend des conclusions. Ainsi, si cette signification était faite au procureur des autres parties ou à quelqu'une d'elles, elle ne devrait point passer en taxe. *Voy.* aussi la délibération des procureurs du Parlement de Paris, du 28 nov. 1693, art. 3.

Il a même été jugé par la Cour d'Orléans, le 16 juin 1821, qu'aucune signification de jugement ou d'arrêt ne devrait être faite à la partie envers laquelle il n'avait rien été statué, quoiqu'elle eût figuré dans les qualités du jugement. Des frais de signification de ce genre ont été rejetés de la taxe. (Voy. COLAS DELANOUE, t. 2, p. 400, et *Comm. du Tarif*, t. 1, p. 224, n° 112.)]

pas incontestable, puisqu'il tendrait à reconnaître au poursuivant une sorte de mandat légal que lui dénie à juste titre la jurisprudence, et notamment un arrêt de Cass., du 13 oct. 1812 (*J. Av.*, t. 17, p. 223, et *J. P.*, t. 10, p. 741). Il ne nous paraît guère plus exact de dire que, le jugement ayant été obtenu à sa requête, la signification faite aussi à sa requête doit nécessairement avoir pour effet de servir de départ au délai de l'appel; car il peut fréquemment arriver que la contestation ait été engagée et décidée sans qu'il y soit intervenu. Ce n'est donc pas sous ce double rapport qu'il faut, ce nous semble, envisager la question; mais il est d'autres considérations plus décisives et qui militent également en faveur de l'affirmative; c'est, d'une part, que, dans les instances d'ordre, le législateur a manifesté l'intention formelle d'épargner des procédures et des frais inutiles, et que ce serait mal à propos qu'on obligerait les divers créanciers à se signifier respectivement le jugement d'ordre, pour faire courir les uns à l'égard des autres le délai de l'appel, tandis que ce but est aussi bien rempli par la signification faite à chacun d'eux, à la requête du poursuivant. On peut ajouter qu'à l'égard des parties qui empêchent ou retardent la distribution des deniers, le jugement d'ordre est une véritable condamnation dont la notification les met par elle-même en demeure de se porter appelants. Ces raisons ont également paru décisives à MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 440, et FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 66, et la jurisprudence est fixée en ce sens par arrêt de Cass., du 28 déc. 1808 (*J. Av.*, t. 17, p. 142), rendu sous la loi de brum. an VII, et depuis l'émission du Code civil, par ceux des Cours de Paris, 16 juill. 1811, Turin, 18 mai 1813, Rennes, 29 août 1814 (*J. Av.*, t. 17, p. 202 et 242, et *J. P.*, 3e éd., t. 9, p. 467, t. 11, p. 384, t. 12, p. 400); Colmar, 12 déc. 1816; Riom, 18 mars 1815 et 8 janv. 1824 (*J. Av.*, t. 17, p. 318, 289 et t. 23, p. 329); Montpellier, 4 juin 1830 (*Ibid.*, t. 39, p. 269), et enfin de la Cour de cass., le 13 nov. 1821 (*Ibid.*, t. 23, p. 329; DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.2.615; 3.2.525; 4.2.408; 5.2.213; 6.1.514; 1831.265).

Les raisons qui ont fait prévaloir cette doctrine ne sont pas, comme on le voit, spéciales au poursuivant, d'où M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, *loco citato*, conclut avec raison que la signification du jugement, faite par tout créancier qui y a été partie, fait également courir le délai de l'appel; et ce dernier devra être en cela considéré comme poursuivant dans l'intérêt commun.

Nous avons dit que cette notification faisait courir le délai de l'appel contre *toutes parties*, c'est-à-dire contre le débiteur saisi et contre le poursuivant lui-même. La première de ces précisions a été faite aussi par un arrêt de Paris, du 16 juill. 1811 (*J. Av.*, t. 17, p. 202), la seconde par l'arrêt de Colmar du 12 décembre 1816, précité (*J. P.*, 3e édit., t. 13, p. 731; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.2.525; 5.2.213).]]

2584. *L'appel du jugement qui a statué sur les contestations doit-il être signifié à personne ou domicile* [[*et non au domicile de l'avoué de l'intimé?*]]

Nous avions préjugé l'affirmative de cette question, en traitant la 2003e de notre *Analyse*, et quoique nous ayons rétracté l'opinion émise sur cette dernière, quant à l'augmentation du délai à raison des distances (*voy.* tome 4, nº 2193), nous persisterons à maintenir l'affirmative de la question que nous venons de poser.

Mais nous devons, avant tout, faire connaître les raisons que l'on peut opposer; elles se tirent principalement des considérants d'un arrêt de la Cour d'Amiens du 22 mai 1809 (*J. Av.*, t. 17, p. 156; *J. P.*, 3e édit., t. 7, p. 576; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3. 2.75). Cette Cour a jugé que l'appel peut être signifié valablement au domicile de l'avoué de ceux contre lesquels on l'inter-

jette, et cela, par analogie avec l'espèce de l'art. 669, attendu que, pour interpréter le silence de l'art. 763, il serait exorbitant de se reporter à l'art. 456, relatif à l'appel en matière ordinaire; que la règle et l'équité veulent au contraire que ce silence s'interprète par des dispositions relatives à une procédure analogue et établie sur les mêmes principes; c'est-à dire à celle de l'art. 669; qu'il y a d'autant plus de raison de décider ainsi, que ces deux art. 669 et 763 dérogent à la règle ordinaire, en ne donnant qu'un même délai de dix jours pour interjeter appel, sauf l'augmentation d'un jour par trois myriamètres de distance du domicile réel de la partie, et qu'ils font tous deux courir le délai de dix jours de la signification du jugement à avoué; qu'enfin, l'art. 664 portant *que l'avoué du créancier dernier colloqué pourra être intimé,* s'il y a lieu, cette disposition complète la démonstration, et supplée au silence de l'art. 763.

Un arrêt semblable a été rendu par la Cour de Rouen, le 22 septembre 1810 (*J. Av.*, t. 17, p. 191; *J. P.*, 3e éd., t. 8, p. 598; DEVILL., *Collec. nouv.*, 2.2.35), attendu que les art. 763 et 669 ont un rapport immédiat que l'on ne doit pas diviser. Cette Cour termine ce considérant en exprimant que le système contraire est une erreur évidente.

Pour l'autre opinion, nous pouvons citer deux arrêts, l'un rendu le 20 août 1810 (*S.* 11.2.270; *J. Av.*, t. 17, p. 184), par la Cour de Riom, l'autre le 23 août 1811 (*S.* 12.2.7; *J. Av.*, t. 17, p. 184), par celle de Paris.

Ces deux arrêts ont jugé que l'appel en matière d'ordre doit, à peine de nullité, être signifié à personne ou domicile, et non pas seulement au domicile élu dans l'inscription, parce qu'il n'y a pas, dans ce cas, d'exception à l'article 456. (Voy. *Quest.* 2585.)

Ces deux arrêts ne sont pas autrement motivés; mais les parties qui ont obtenu gain de cause se fondaient sur les expressions mêmes de l'art. 763, qui augmente le délai d'appel à raison de la distance du domicile *réel* de chaque partie, et concluaient qu'il résultait nécessairement de cette augmentation que l'appel du jugement d'ordre n'a pas été affranchi de la règle générale.

Telle est notre opinion, ainsi que nous l'avons annoncé en commençant.

Nous la fondons sur ce que l'art. 763 ne contenant pas d'exception à cette règle, comme l'art. 669, ce dernier doit être restreint à son espèce, bien moins importante d'ailleurs que celle du premier. (Voy. *Quest.* 2195.) ***Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.***

Tel est aussi le sentiment de M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 326, et celui de M. COFFINIÈRES, t. 3, p. 219.

[[La jurisprudence est longtemps demeurée indécise, et ne paraît pas encore absolument fixée sur la question; ainsi, la doctrine des Cours d'Amiens et de Rouen a été confirmée par arrêts de Paris, 26 mars 1808; Grenoble, 29 juin 1811; Nancy, 23 juillet 1812 (*J. Av.*, t. 17, p. 134, 156 et 201); Rouen, 21 décembre 1824 (*J. Av.*, t. 29, p. 103); Aix, 22 novembre 1826 (*Ibid.*, t. 34, p. 334), et Toulouse, 15 juin 1827 (*J. P.*, 3e édit., t. 21, p. 522), tandis que l'opinion de M. Carré, admise en outre des auteurs qu'il cite, par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 440; TALANDIER, p. 217, n° 220, et DALLOZ, t. 10, p. 839, peut invoquer en sa faveur les décisions des Cours de Colmar, 24 février 1813, et 25 avril 1817 (*J. Av.*, t. 21, p. 266 et t. 5, p. 82; *J. P.*, 3e édit., t. 6, p. 582; t. 9, p. 432, t. 10, p. 594); Cassation, 16 mars 1820 (*J. Av.*, t. 17, p. 354); Grenoble, 4 mars 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 264); Bruxelles, 7 mai 1828 (*Journ.* de cette Cour, 1818, t. 2, p. 62), et deux arrêts de cassation, des 27 octobre 1813, et 13 janv. 1814 (*J. Av.*, t. 17, p. 184).

Quant à nous, l'examen que nous avons fait de la difficulté ne nous laisse pas le moindre doute sur l'exactitude de cette dernière solution; la signification à partie est le droit commun, et les dérogations à ce droit doivent être formellement énoncées; ce qu'il y a de remarquable ici, c'est que, dans le même arti-

cle et en ce qui touche la signification du jugement sur contredit, la loi dispose qu'elle sera faite à avoué; mais pour la signification de l'appel, la même dérogation ne se retrouve plus, ce qui suppose le maintien du droit commun. Cette différence est d'ailleurs bien facile à justifier ; comment concevoir qu'une partie assignée ne soit pas personnellement avertie?

On oppose, il est vrai, la disposition de l'art. 669 ; mais c'est là qu'on trouve la démonstration la plus évidente de notre doctrine. Que l'on rapproche les deux textes : l'art. 669, dans une matière bien moins importante, comme le fait observer M. Carré, prescrit la signification de l'appel aux avoués de toutes parties ; l'art. 763, loin de reproduire cette disposition, exige que le délai de dix jours soit augmenté à raison de la distance du domicile réel de chaque partie ; or, que suppose une telle prescription, sinon que les parties seront assignées à leur domicile, en conformité du droit commun auquel nous avons vu qu'il n'était point dérogé?

Encore une fois, cette démonstration nous paraît évidente, et il est difficile de concevoir l'incertitude de la jurisprudence sur ce point.

Du reste, il n'est pas besoin d'ajouter que lorsque l'avoué poursuivant a été colloqué en son nom personnel (par exemple, pour le montant de ses frais), c'est contre lui personnellement que doit être interjeté l'appel, et la signification faite en son étude serait valable, comme l'a jugé la Cour de Metz, 22 mars 1817 (*J. Av.*, t. 17, p. 324 ; *J. P.*, 3e édit., t. 14, p. 146).]]

2585. *L'appel du jugement d'ordre peut-il être signifié au domicile élu,* [[*dans l'inscription?*]]

Les deux arrêts des Cours de Riom et de Paris, rapportés sur la précédente question, ont jugé cette question pour la négative, car ils ont été rendus dans l'espèce où la signification avait été faite au domicile élu par l'inscription, et ont déclaré l'appel non recevable, parce qu'il n'avait pas été signifié à personne ou au domicile réel.

Cependant M. HAUTEFEUILLE, p. 422, regarde comme certain que la signification peut être faite au domicile élu par l'inscription, et, d'après les raisons que nous avons développées sur la *Quest.* 1652, nous croyons que cette opinion doit être suivie de préférence à celle qu'ont admise les deux arrêts que nous venons de citer. C'est aussi celle que la Cour de Rennes a adoptée, par arrêt du 30 août 1814 (*J. Av.*, t. 13, p. 226 ; *J. P.*, 3e édit., t. 12, p. 404).

[[On peut considérer la doctrine et la jurisprudence comme à peu près fixées dans ce dernier sens : *Voy.* les opinions conformes de MM. MERLIN, *Répert.*, v° *Hypothèque*, sect. 2, § 2, art. 16 ; PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 410 ; BERRIAT SAINT-PRIX, p. 616 ; TALANDIER, p. 204 ; PERSIL, t. 2, p. 416 ; FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 67 ; DALLOZ, t. 10, p. 843, n° 12, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 281, et les arrêts suivants : Besançon, 30 janv. 1818 ; Orléans, 19 nov. 1819 ; Cassat., 16 mars 1820 (*J. Av.*, t. 17, p. 156, 354 et 352 ; *J. P.*, 3e édit., t. 14, p. 613 ; t. 15, p. 568 ; t. 15, p. 863) ; Limoges, 21 juillet 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 246) ; Bourges, 7 mars 1823 (*Ibid.*, t. 25, p. 90) ; Grenoble, 19 mai 1824, 17 août 1831, et 18 janv. 1833 (*J. Av.*, t. 27, p. 158 ; t. 42, p. 56, et t. 45, p. 429 ; *J. P.*, 3e édit., t. 18, p. 726 ; t. 24, p. 152 ; t. 25, p. 59) ; Bordeaux, 20 fév. 1829 (*J. P.*, 3e édit., t. 22, p. 719), et la Cour de Paris, 17 juillet 1811 *J. Av.*, t. 17, p. 203), a décidé qu'il devrait en être ainsi lors même que l'inscription serait arguée de nullité.

Toutefois l'opinion des arrêts précités de Riom et de Paris n'est pas restée absolument isolée dans la jurisprudence ; elle a été admise par les Cours de Rennes, 5 juin 1812 ; Toulouse, 10 mars 1820 (*J. Av.*, t. 17, p. 184 ; *J. P.*, t. 10, p. 444, et t. 15, p. 851), et Bourges, 30 août 1815 (*J. Av.*, t. 13, p. 226).

Nous persistons néanmoins dans l'opinion que nous avons déjà fait pressentir, tome 4, page 145, *Quest.* 1652; nous nous fondons sur l'art. 2156, Cod. civ., d'après lequel les actions *auxquelles les inscriptions peuvent donner lieu* seront intentées par exploits faits à personne ou *au dernier des domiciles élus sur les registres.* C'est en vertu de cette disposition que l'art. 753 prescrit au poursuivant d'assigner les créanciers, afin de produire aux domiciles élus par leurs inscriptions ; or, il n'y a pas de raison pour que la procédure suivie en première instance ne le soit pas en appel, et qu'on lui substitue une marche qui présenterait d'ailleurs d'assez graves inconvénients.]]

2586. *L'appel est-il valablement signifié au domicile indiqué dans le jugement et tous les actes de la procédure, quoique la partie ait choisi depuis un autre domicile?*

Nous avons dit, *Quest.* 2584, que l'appel du jugement d'ordre doit être signifié au domicile réel, comme tout autre appel; mais lorsqu'une partie a déclaré, dans tous les actes de procédure, qu'elle a son domicile en tel lieu, et que ce domicile est indiqué dans le jugement, le changement qu'elle en aurait fait postérieurement n'empêche pas que la signification faite au premier domicile ne soit valable, jusqu'à ce que cette partie ait fait connaître que son domicile n'est plus le même. C'est ce qui a été jugé, relativement à l'appel d'un jugement d'ordre, par un arrêt de la Cour de Paris du 6 février 1810 (S. 15.2.189; *J. Av.*, t. 17, p. 168; *J. P.*, 3e édit., t. 8, p. 81). On sent, en effet, qu'il ne serait pas juste de soumettre l'appelant à faire la signification de son appel dans un autre domicile que celui indiqué par la procédure; domicile que son adversaire aurait choisi après le jugement et que l'autre partie pourrait ignorer.

Cet arrêt vient prêter un nouvel appui à la solution donnée sur la *Quest.* 2584, puisqu'il présuppose la nécessité de signifier au domicile de la partie.

[[Il semble assez difficile de comprendre exactement la pensée de M. Carré; de la combinaison des *Quest.* 2584, 2585 et 2586, il résulte au premier abord quelque embarras ; car la première solution admet la signification de l'appel au domicile *réel*, la seconde, au domicile *élu dans l'inscription*, et la troisième, au domicile *indiqué dans les actes de la procédure;* il faut pourtant bien s'entendre. Si la doctrine admise par M. Carré, sous la *Quest.* 2585, est exacte ; si c'est au domicile élu que doit être notifié l'appel, il ne peut plus être question du domicile *réel*, puisque le débat s'agite ordinairement entre créanciers hypothécaires, qui, tous, ont élu domicile dans leurs inscriptions, et nous ne voyons point dès lors quel autre domicile serait *indiqué dans les actes de procédure.* Il n'est cependant pas impossible de concilier jusqu'à un certain point ces diverses solutions; d'une part, en effet, il est certain que les contredits ne se circonscrivent pas toujours entre les créanciers hypothécaires *inscrits*; que le débiteur saisi, les créanciers chirographaires peuvent y prendre part, que dès lors, sur l'appel, c'est à leur domicile réel que ces parties seront assignées, puisqu'il n'est pas question, quant à elles, d'inscriptions ni de domicile élu.

D'un autre côté, il est, dans l'ordre, une partie au moins que la procédure d'adjudication a forcée de renouveler son élection de domicile, c'est le poursuivant; vis-à-vis de lui, la Cour de cassation, 22 janv. 1806 (*J. A.*, t. 17, p. 121), a décidé que l'appel devait être notifié au domicile indiqué dans l'extrait du cahier des charges, conformément aux art. 696 et 699 de la loi sur les saisies immobilières; mais comment concilier cette jurisprudence avec celle dont nous avons rapporté les monuments sur la précédente question? Suffira-t-il qu'un créancier ait, depuis son inscription, choisi un nouveau domicile, pour que la partie condamnée sur le contredit soit tenue d'y signifier son appel?

M. Carré s'est posé ici cette question, et l'a résolue comme on vient de le voir, mais en se plaçant dans l'hypothèse d'un domicile élu depuis le jugement de condamnation et inconnu de l'appelant; or, si ces deux circonstances n'étaient pas réunies, sa décision ne serait plus la même.]]

[[**2586** bis. *Le délai pour appeler d'un jugement rendu sur un ordre doit-il, dans tous les cas, être restreint à dix jours?*

Il faut remarquer que le délai ordinaire accordé aux parties, pour relever appel du jugement qui leur infère grief, est fixé à trois mois par l'art. 443, Cod. proc. civ.; que c'est par exception à ce principe que l'art. 763 restreint le même délai à dix jours, mais seulement pour les jugements rendus sur contredits, et non pas, en termes généraux, sur tous ceux qui peuvent intervenir en matière d'ordre, ce qui donne lieu à se demander dans bien des cas si c'est le délai ordinaire ou le délai exceptionnel qu'il faut observer.

La Cour de cassation, 1er avril 1816, a décidé, en confirmant un arrêt de Metz du 7 janvier 1814 (*J. Av.*, t. 17, p. 304; *J. P.*, 3e édit., t. 13, p. 367), que la dérogation de l'art. 763 s'appliquait généralement à tous les débats qu'un ordre peut soulever, et qu'il importait peu que le jugement n'eût statué, ni sur des difficultés de procédure, ni sur les contredits des créanciers poursuivants; que l'unique question était de savoir si le jugement était intervenu dans un ordre. Les Cours de Toulouse, 7 mai 1821; d'Amiens, 19 juillet 1822, et de Rennes, 7 février 1818 (*J. Av.*, t. 17, p. 359, 361 et 340), se sont prononcées dans le même sens, ainsi que MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 612, not. 5, n° 4, et FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 64; on peut aussi rattacher à cette doctrine un arrêt de Riom, d'après lequel le jugement de jonction de deux ordres doit être attaqué dans les dix jours de sa signification.

Un principe aussi absolu est loin toutefois de réunir l'assentiment unanime de la jurisprudence.

Ainsi, en ce qui concerne une demande qui, bien que formée incidemment à l'ordre, pouvait faire la matière d'une action principale, et n'avait pas besoin de contestations au procès-verbal, les Cours de Rennes, 29 janvier 1817 (*J. Av.*, t. 13, p. 243); Rouen, 10 mars 1824, et Paris, 5 janvier de la même année (*J. Av.*, t. 26, p. 14 et 167), ont, dans des espèces diverses, reconnu que les parties ne doivent pas être privées du délai de trois mois que leur accordent les règles générales de l'appel.

Même décision des Cours de Caen, 23 novembre 1824 (*J. Av.*, t. 17, p. 369; *J. P.*, 3e édit., t. 18, p. 1133), et de Poitiers, 23 janvier 1827 (*J. Av.*, t. 32, p. 208), quant au jugement qui règle la distribution du prix à l'amiable, en conformité, soit de l'art. 749, si les créanciers sont tombés d'accord, ou de l'art. 775, s'il n'y a pas plus de trois créanciers inscrits sur un immeuble volontairement aliéné. Le jugement d'homologation d'un ordre amiable peut aussi être attaqué après les dix jours et dans les trois mois de la signification, suivant les Cours de Metz, 12 août 1814 (*J. Av.*, t. 17, p. 270); Nancy, 16 août 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 523; *J. P.*, 3e édit., t. 24, p. 142; DEVILL., 1838.2.431, à la note), et Grenoble, 30 août 1832 (*J. Av.*, t. 44, p. 180).

Enfin la Cour de Bruxelles a été plus loin, en décidant, le 28 novembre 1811 (*J. Av.*, t. 17, p. 211), que l'art. 763 n'est applicable qu'aux jugements qui statuent sur contredits, ce qui ne doit s'entendre que des contredits sur règlement provisoire; car en ce qui concerne les jugements rendus sur contestations du règlement définitif, l'appel, d'après les nombreux arrêts rapportés sur la *Quest.* 2576, qui l'autorisent, peut être interjeté dans le délai ordinaire de trois mois.

Ces divergences proviennent surtout de ce que ceux qui veulent restreindre

le délai sont dominés par le désir d'éviter des complications et des longueurs essentiellement incompatibles avec la procédure d'ordre, tandis que les partisans de l'opinion contraire se renferment dans le texte précis de la loi.

Il suffit effectivement de rapprocher l'art. 763 de tous ceux qui le précèdent, pour s'apercevoir qu'il statue seulement pour les jugements rendus sur contredits dans un ordre ouvert en justice ; mais que la rapidité et la simplicité des formes qu'il introduit dans cette matière ne seraient plus que rigueur et arbitraire dans des cas différents.

C'est donc aux seules contestations sur le règlement provisoire qu'il faut, selon nous, restreindre l'application de cette disposition ; mais comme il n'est pas plus permis de rien retrancher d'une dérogation que d'y ajouter, l'art. 763 statuant pour toutes contestations, en général, qu'elles portent sur l'ordre ou sur la quotité des créances, ou sur la qualité des créanciers, nous ne saurions admettre la doctrine des arrêts de Rouen, de Paris et de Rennes ci-dessus mentionnés, en ce qui concerne les demandes qui auraient pu faire la matière d'une action principale; car les parties, s'étant soumises à la procédure d'ordre et au mode de contredit qu'elle établit, doivent en subir toutes les conséquences, dont l'une des plus importantes est la disposition de l'art. 763.]]

[[**2586** ter. *Les dix jours dont se compose le délai d'appel du jugement sont-ils francs?* Quid *si le onzième jour est férié? Y a-t-il lieu à augmentation de distances à raison de fractions moindres de trois myriamètres? Comment doit être supputée la distance du domicile de l'appelant à celui des intimés?*

Nous réunissons ici plusieurs questions du même genre, et qui sont toutes, d'ailleurs, régies par le même principe, à savoir que la matière de l'ordre est soumise à une procédure spéciale, que ne concernent pas les règles ordinaires, et qui repousse toutes celles qui entraveraient la rapidité dont elle a surtout besoin.

Ainsi l'art. 1033, Cod. proc. civ., d'après lequel le jour de la signification et celui de l'échéance ne sont pas compris dans le délai, n'est pas applicable en matière d'ordre, comme l'ont décidé avec raison les Cours de Limoges, 15 nov. 1811 ; en sens contraire, Bruxelles, 3 nov. 1824 (*J. Av.*, t. 17, p. 206, et t. 34, p. 334 ; *J. P.*, 3e édit., t. 9, p. 701 ; t. 20, p. 954) ; ce n'est pas à dire toutefois, comme ont paru l'admettre ces Cours, que les jours de la signification et de l'échéance doivent, par cela seul, être compris dans le terme. Il faut, sur ce point, rechercher l'intention du législateur, et ces expressions dont il s'est servi, *dans les dix jours* de la signification, supposent que le jour de l'échéance est compté dans le délai, mais non celui de la signification, comme cela résulte des principes exposés sous notre *Quest.* 2313, t. 5, p. 519, et comme l'a d'ailleurs jugé *in terminis*, la Cour de Riom, le 31 août 1816 (*J. Av.*, t. 17, p. 317).

Quant aux jours fériés qui font partie du délai, les Cours de Riom, le 8 janv. 1824 (*J. Av.*, t. 13, p. 288), et de Bordeaux, 4 juin 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 36 ; DEVILL., 1835.2.532), ont jugé avec raison qu'ils n'augmentaient pas le délai. (*Voy.* le développement de notre opinion, t. 2, p. 77, *Quest.* 651 *bis*.)

Les Cours de Riom et de Poitiers, 8 janv. 1824, et 29 avril 1831 (*J. Av.*, t. 13, p. 288, et t. 42, p. 246 ; *J. P.*, 3e édit., t. 18, p. 327, et t. 23, p. 1533), ont décidé qu'une distance moindre de trois myriamètres entre le domicile de l'appelant et celui des intimés n'entraînait pas une prolongation proportionnelle. Il existe néanmoins un arrêt contraire de Metz, 15 juin 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 158). (*Voy.* nos questions sur l'art. 1033.)

Pour la manière de calculer la distance, nous renvoyons également au même

article, où nous établirons une théorie complète sur le mode de calculer les délais.]]

[[**2586** quater. *L'appel incident est-il permis d'intimé à intimé? Doit-il être interjeté dans les dix jours dont parle l'art.* 763?

Nous avons déjà décidé, *Quest.* 1573, t. 3, p. 628, que l'appel incident était permis, en matière d'ordre, d'intimé à intimé, parce que l'appel principal peut avoir pour effet de remettre en question toutes les collocations et d'empêcher, par conséquent, l'effet de la chose jugée. Aux deux arrêts que nous avons cités, nous ajouterons celui de Toulouse, 7 juin 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 624) (1).

Par le même motif, et quoique, en règle générale (même *Quest.* 1573 et *Quest.* 1575), le délai ordinaire de l'appel nous paraisse devoir être observé, lorsqu'il ne s'agit pas d'un intimé vis-à-vis de l'appelant principal, néanmoins nous pensons, qu'en cette matière spéciale, l'intimé qui a à craindre les résultats que nous venons de signaler peut interjeter son appel incident en tout état de cause, même après l'expiration du délai de dix jours fixé par l'art. 763. Il existe un arrêt contraire de la Cour de Bordeaux du 15 juin 1831 (*Journ.* des arrêts de cette Cour, t. 6, p. 299), mais nous pouvons citer les arrêts conformes des Cours de Paris, 9 juin 1814; Rouen, 1er août 1817; Metz, 24 août 1826; Bordeaux, 26 mai 1832 (*J. Av.*, t. 17, p. 266, et t. 49, p. 560; DEVILL., 1832. 2.515).]]

[[**2586** quinquies. *Si l'avoué décède après la prononciation du jugement sur les contredits, mais avant la signification de ce jugement, suffit-il, pour faire courir le délai de dix jours, de signifier le jugement au domicile de la partie qui n'a plus d'avoué?*

La négative nous paraît certaine. En 1837, nous crûmes pouvoir faire triompher notre opinion devant la Cour royale d'Orléans; mais, contrairement aux conclusions du ministère public, le 10 avril (*J. Av.*, t. 52, p. 253; DEVILL., 1837.2.244), cette Cour déclara non recevable l'appel interjeté par la partie qui nous avait confié ses intérêts.

A cette époque, nous insérâmes dans le *Journal des Avoués* des observations que nous allons reproduire, et dans lesquelles nous persistons, après de mûres et sérieuses réflexions.

La difficulté nous paraît grave, mais nous ne pensons pas que cet arrêt fasse jurisprudence.

Il est fondé sur cette unique argumentation : *Toutes les fois qu'il n'y a plus d'avoués, les significations à parties suffisent et produisent le même effet : tel est le vœu de l'art.* 148, *Cod. proc. civ.*

A nos yeux, cette application rigoureuse des art. 147 et 148 fausse complètement l'intention du législateur. Plusieurs jurisconsultes et quelques Cours ont proclamé, en principe, que l'art. 147 ne concerne que l'exécution des jugements, et n'a pas de rapports avec le cours des délais (*J. Av.*, t. 40, p. 193 et 194). M. BONCENNE, t. 2, s'est élevé avec force contre cette doctrine, et non pas par ce motif qu'en cas de décès de l'avoué, l'art. 148 devait faire produire à la signification à partie les effets les plus complets, mais par ce motif tout

(1) [Toutefois, celui qui s'est porté appelant principal d'un jugement d'ordre ne peut pas, après l'appel d'une autre partie sur lequel il n'a pas été intimé, se rendre appelant incidemment, Bordeaux, 3 février 1829 (*Journ.* de cette Cour, t. 4, p. 73).]

opposé que la signification préalable à l'avoué est une mesure d'ordre public, parce que *la plupart des plaideurs sont peu versés dans la science des choses qui tiennent à la procédure, et ignorent, quand ils reçoivent la notification d'un jugement, quelle est sa nature, s'il faut y obéir, s'il faut l'attaquer en la forme ou au fond, et qu'alors l'avoué seul peut répondre à tous ces doutes et tracer un plan de conduite.* N'est-il pas évident alors que, dans l'espèce de l'arrêt d'Orléans, M. Boncenne repousserait avec force la doctrine qui doit imposer à un malheureux plaideur sans avoué, sans conseil, sans guide, l'obligation de prendre seul un parti, d'apprécier un jugement sur contredits, de se déterminer à interjeter appel dans un délai de *dix jours?*

Si, avec les Cours de Bruxelles, d'Agen, de Liége, de cassation même, on décide que l'art. 147 n'est applicable qu'à l'exécution directe, et non au cours des délais, l'art. 148 devient sans importance et n'est plus qu'un corollaire de l'article qui le précède. Il est certain que si, au moment de l'exécution d'un jugement, l'avoué qui a occupé pour la partie condamnée est décédé, l'exécution doit cependant avoir lieu sans retard et sans reprise d'instance. On avertit la partie que son avoué est décédé, et on passe outre.

Si, au contraire, en adoptant l'opinion du savant auteur de la *Théorie de la procédure civile,* on se détermine par les motifs qu'il a donnés, on doit forcément décider que, toutes les fois que la signification à avoué ne sera plus possible, la partie devra jouir des plus longs délais pour user d'une voie légale.

On rentre alors dans l'application des principes généraux, et toutes les exceptions introduites par le législateur, en considération de la présence d'un avoué, ne doivent plus être applicables si cet avoué est destitué ou décédé.

Ainsi, un jugement par défaut a-t-il été obtenu contre une partie ayant avoué, cet avoué est-il décédé? plus d'application possible de l'art. 157, Cod. proc. civ.; l'art. 158 devient le seul qui doive servir de règle.

Ainsi encore, le jugement sur contredits rendu, l'avoué de la partie qui a succombé est-il décédé? plus d'application de l'art. 763, car il n'y a pas d'avoué, et la signification dont parle cet article est devenue impossible. Le délai d'appel courra à dater de la signification à partie, mais ce ne sera plus le délai exceptionnel, ce sera le délai général, le délai de trois mois.

Quelles dangereuses surprises doivent être le résultat nécessaire de l'opinion de la Cour d'Orléans? Dix jours à un plaideur inexpérimenté, sans conseil, au fond d'une campagne, pour se décider sur les plus graves intérêts qui puissent s'agiter, sur une question hypothécaire, d'où dépend peut-être la dot de sa femme ou le sort de toute sa fortune!...

C'est, dit-on, une matière sommaire que la procédure d'ordre, et c'est dans l'intérêt des parties et des tiers qu'une procédure expéditive a été introduite par le législateur?

D'abord, proclamer qu'une procédure qui s'instruit essentiellement par écrit est une *matière sommaire*, c'est, en procédure, contrarier toutes les dispositions du Code et du Tarif. Le législateur a voulu qu'elle se jugeât *sommairement*, avec promptitude, parce que des avoués sont en présence, et, sous ce rapport, il a eu raison; mais juger *sommairement*, ou juger sans *procédure,* ce sont deux choses bien différentes, nous l'avons démontré, et dans le *Journal des Avoués*, et dans le *Commentaire du Tarif*. Cependant si une partie est privée de ce soutien, qui permettait la rapidité de la procédure, tout ne sera pas suspendu lorsqu'il ne s'agira que d'un délai d'appel, mais le délai général ne sera plus que le seul délai applicable. Qu'on veuille bien remarquer que, malgré la célérité tant préconisée du titre de l'Ordre, si un des avoués décède pendant la procédure, il faut nécessairement subir les lenteurs d'une reprise d'instance.

Qu'a voulu dire la Cour d'Orléans en parlant des tiers? Qu'ont à faire les tiers à une procédure d'ordre dans laquelle figurent toutes les parties intéressées,

saisi ou *vendeur*, *poursuivant* et *acquéreur*, *créanciers inscrits?* Est-ce donc dans l'intérêt public que cette jurisprudence rigoureuse est adoptée? Mais toutes les autres dispositions du Code de procédure sont la conséquence de la même sollicitude du législateur, et cette raison nous paraît fort peu satisfaisante. Quant aux parties, n'est-il pas dérisoire de leur opposer que c'est dans leur intérêt qu'on les prive d'un droit dont on jouit, en général, pour la somme la plus modique? Oui, c'est dans leur intérêt si chacune d'elles peut combattre à armes égales, si chacune d'elles a son mandataire choisi, expérimenté, pouvant veiller à ses droits, son avoué enfin, à qui momentanément la loi a conféré tous les caractères d'une partie; alors on peut abréger les délais sans danger. Mais si l'avoué d'une des parties décède ou est frappé d'une destitution subite, le combat n'est plus égal; la surprise, la déception et le péril le plus imminent remplacent la sécurité qu'avait, avec raison, supposée le législateur; et vouloir que l'abréviation du délai soit dans l'intérêt de la partie qui a succombé, et qui n'a plus d'avoué, c'est se permettre à son égard une amère dérision.

On ne doit pas se préoccuper des inconvénients possibles du système que nous proposons, car les jugements d'ordre sont, en général, signifiés dans le plus bref délai, et il est fort rare que, dans le court espace de temps qui s'écoule du jour du jugement au jour de la signification, un avoué décède ou soit destitué; tandis que les dangers du système contraire se pressent en foule aux yeux de celui qui veut y réfléchir mûrement. Il suffira d'un voyage de dix jours pour qu'un créancier légitime soit ruiné radicalement. Il croyait avoir un avoué à qui il avait donné toutes les instructions nécessaires, il est parti tranquille: en son absence, l'avoué meurt; la signification est faite au domicile désert, et à son retour, une fin de non-recevoir (*dans son intérêt*) lui ferme toute voie de réparation. Il est impossible d'admettre une opinion qui supposerait dans le législateur une légèreté et une imprévoyance vraiment impardonnables.

On peut consulter trois arrêts, Limoges, 1er juin 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 178), Bourges, 22 fév. 1825 (*Ibid.*, t. 29, p. 279), et Poitiers, 17 janv. 1827 (*Ibid.*, t. 32, p. 234); le premier seul semble contrarier le système de la Cour d'Orléans. La Cour de Paris a formellement consacré notre opinion, le 1er décembre 1836, à l'occasion d'une distribution par contribution (*Gazette des Tribunaux* du 2 janvier 1837, n° 3527.)

Nous citerons encore la *Quest.* 658 de M. Carré, t. 2, p. 85, et nous engageons nos lecteurs à se reporter aux principes que nous avons développés dans la *Quest.* 2574 *bis*, relative à la péremption.]]

2587. *Le délai de l'appel doit-il être restreint à dix jours pour un jugement d'ordre rendu sous l'empire du Code de procédure, en exécution de la loi du* 11 *brum. an VII, et dans la forme tracée par cette loi?*

Cette question, qui était très controversée, a été jugée pour la négative, par arrêt de la Cour de cassation du 2 juillet 1811 (*J. Av.*, t. 6, p. 671; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.1.374), attendu que l'art. 763 ne parle que des jugements des contestations survenues dans l'ordre, qui sont rendus dans la forme prescrite par les art. 760, 761 et 762 du même Code; que l'exception établie par ce même article, pour cette seule espèce de jugement, ne peut s'appliquer à l'appel d'un jugement d'ordre rendu en exécution de la loi du 11 brumaire, dans des formes différentes de celles établies par le Code de procédure.

[[Voyez, dans le même sens, l'arrêt de la Cour de Paris du 4 août 1807 (*J. Av.*, t. 17, p. 129), et, en sens contraire, celui de la Cour de Grenoble du 28 juill. 1809 (*Ibid.*, p. 167). Ce dernier n'a pas été suivi par la jurisprudence, qui a consacré l'opinion de M. Carré.

La même décision s'appliquerait-elle en matière de contribution? On peut

le penser, car il n'y a pas de motifs de différence entre les deux cas. Au surplus, c'est ce qui a été positivement décidé par la Cour de Paris, le 5 janvier 1813.]]

2588. *L'appel est-il recevable, s'il ne contient pas énonciation de griefs?* [[*Doit-il contenir assignation?*]]

La négative a été jugée par un arrêt de la Cour de Nîmes du 17 août 1807 (*S.* 7.2.675; *J. Av.*, t. 6, p. 671; *J. P.*, 3e édit., t. 6, p. 263); mais la Cour de Rennes s'est prononcée pour l'affirmative, le 4 mai 1812 (*J. Av.*, t. 1, p. 167, et *J. P.*, 3e édit., t. 10, p. 368). Elle a considéré que l'art. 763 contient deux parties distinctes et indépendantes l'une de l'autre; que la première portant en termes prohibitifs, *l'appel ne sera reçu*, n'est relative qu'au cas où l'on aurait laissé passer le délai de dix jours sans interjeter appel du jugement d'ordre; que la seconde dispose seulement que l'exploit d'appel contiendra assignation et énonciation des griefs, sans supposer, comme la première, que l'inobservation de ces formalités rendra l'appel non recevable; qu'à la vérité le défaut d'assignation dans l'exploit en opérerait la nullité, suivant la disposition expresse de l'art. 456; mais qu'on ne trouve nulle part cette peine prononcée dans le cas où l'on aurait omis d'y énoncer les griefs : d'où il résulte qu'elle ne peut être appliquée sans contravention à l'art. 1030.

Ainsi, d'après cet arrêt, que nous croyons le plus conforme au texte de la loi, on doit décider que l'acte d'appel est valable, encore qu'il ne présente pas l'énonciation des griefs (Voy. *Quest.* 1648), si d'ailleurs il contient assignation; mais il n'en est pas moins dans l'intention du législateur que cette énonciation y soit faite, et c'est une raison pour se conformer, à ce sujet, à la disposition de l'art. 763, quoique son observation ne soit pas exigée à la rigueur.

[[L'assignation est évidemment nécessaire, à peine de nullité.

Quant *aux griefs*, la doctrine paraissait fixée; une jurisprudence presque unanime avait consacré l'opinion de notre savant maître, lorsqu'un arrêt de la Cour de cassation, dont nous allons examiner les motifs, est venu raviver la controverse.

Si, à l'arrêt cité par M. Carré, en faveur de la négative, on pouvait ajouter deux décisions de la Cour de Bruxelles, des 5 juill. 1810 et 3 déc. 1812 (*J. Av.*, t. 17, p. 180,) on invoquait, dans le sens contraire, les arrêts de Rouen, 9 déc. 1813 (*Ibid.*); Metz, 29 déc. 1821, et 18 janv. 1822 (*Ibid.*, t. 23, p. 360); Riom, 17 janv. 1824 (*Ibid.*, t. 28, p. 176); Nancy, 21 mars 1825 (*Ibid.*, t. 31, p. 127); Pau, 19 mars 1828; Agen, 1er mai 1830 (*Ibid.*, t. 37, p. 41); Poitiers, 21 déc. 1836 (*Ibid.*, t. 52, p. 354). Il existe aussi un arrêt de la Cour de Trèves du 12 mars 1812 (*Ibid.*, t. 17, p. 216), qui décide qu'on peut faire valoir devant la Cour royale des griefs autres que ceux énoncés en l'acte d'appel.

MM. DALLOZ, t. 10, p. 843, n° 14, et SOUQUET, *Dictionnaire des temps légaux, introduction*, n° 247, p. 41 et 42, partagent l'opinion de M. Carré.

L'arrêt de la Cour de cassation est du 29 août 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 627; DEVILL., 1838.1.769); il émane de la Chambre civile, mais c'est un arrêt de rejet. La Cour suprême a décidé que l'arrêt attaqué avait pu induire de la contexture de l'acte d'appel qui, en spécifiant certains chefs, les attaquait spécialement, un acquiescement aux autres chefs. On s'aperçoit déjà que la question de nullité pour défaut absolu de griefs n'est pas nettement tranchée par le dispositif de cet arrêt; cependant il faut reconnaître qu'elle est plus explicitement résolue dans les motifs.

Toutefois, nous pensons que cet arrêt ne doit pas faire jurisprudence. Les nullités ne peuvent se suppléer que pour les formalités substantielles d'un acte, et déjà nous avons démontré (*Quest.* 1648, t. 4, p. 139), que l'énonciation des

griefs ne pouvait pas, en thèse générale, être considérée comme faisant partie de la substance même de l'acte d'appel. Ce ne sont pas les termes plus ou moins explicites d'un article qui peuvent modifier le caractère d'une formalité. Donc, à nos yeux, la nullité dont ne parle point l'art. 763, ne doit pas être suppléée par le juge.

Notre solution serait la même en matière de distribution par contribution, ainsi que le pensent également MM. Favard de Langlade, t. 2, p. 117, n° 5; Dalloz, t. 10, p. 861, n° 10, et Thomine Desmazures, t. 2, p. 191.]]

[[**2588** bis. *Le créancier qui a appelé d'un jugement d'ordre peut-il attaquer, en cause d'appel, des collocations qui ont été fixées sans contestation dans ce même jugement d'ordre? Peut-il présenter en appel des moyens qu'il n'a pas invoqués en première instance?*

La première question s'est présentée devant la Cour de Paris, le 6 thermidor an XIII (*J. Av.*, t. 9, p. 65; *J. P.*, 3ᵉ éd., t. 6, p. 676), et cette Cour a décidé que le créancier prenant sur l'appel des conclusions qu'il n'avait pas prises en première instance, et formant devant la Cour des demandes dont les premiers juges n'avaient jamais été saisis, la règle générale commandait la proscription de pareilles conclusions et demandes.

La seconde question a été jugée par les Cours de Bourges, le 4 mars 1831 (*J. P.*, 3ᵉ éd., t. 23, p. 1287), et Rennes, le 25 juill. 1840 (*J. Av.*, t. 61, p. 581; Devill., 1841.2.422). Ces Cours ont décidé que les juges d'appel ne peuvent qu'apprécier le mérite des contredits présentés sur l'ordre en première instance. La Cour de cassation a jugé d'une manière analogue, le 14 juill. 1815 (*J. Av.*, t. 9, p. 96; *J. P.*, 3ᵉ édit., t. 13, p. 7), en statuant qu'on ne peut, sur l'appel, demander à être colloqué pour une créance dont on n'a pas produit le titre devant les premiers juges. La Cour de Grenoble a admis, au contraire, un créancier à proposer, pour la première fois, en cause d'appel, la fin de non-recevoir résultant du défaut d'opposition à l'état d'ordre, dans le délai prescrit : son arrêt, du 3 mars 1821 (*J. Av.*, t. 17, p. 357; *J. P.*, 3ᵉ éd., t. 16, p. 419), est motivé sur ce qu'en demandant que sa collocation fût maintenue, ce créancier est présumé avoir voulu soutenir sa demande par tous les meilleurs moyens possibles; qu'aucun obstacle ne s'élève à ce qu'il fasse valoir en appel cette fin de non-recevoir, comme un moyen nouveau et exceptionnel, d'après la maxime de droit, *quod non deduxi deducam*. Dans ce conflit d'arrêts, il nous semble que ce sont les principes consacrés par les Cours de Paris et de Bourges qu'il faut adopter, parce qu'en effet le silence du créancier, qui n'a pas contesté en première instance, équivaut à une approbation tacite, et que, par le système de la Cour de Grenoble, on arriverait à former, en Cour d'appel, une demande nouvelle qui aurait dû passer par les deux degrés de juridiction, et à éviter une procédure que le législateur a crue indispensable, à cause de la complication des intérêts qu'elle a pour but de régler. (*Voy.*, au surplus, ce que nous avons dit sous les *Quest.* 2556 *bis* et 2571.)

Dans tous les cas, la partie qui veut contester en appel la collocation d'un créancier doit interjeter appel contre lui, et ne pas se borner à lui notifier, après les délais, l'appel interjeté contre d'autres créanciers; arrêt de la Cour royale de Bordeaux, 26 mars 1828 (*Journ.* de cette Cour, t. 3, p. 162).]]

2589. *Des créanciers qui, en cause principale, n'ont pas contesté la collocation demandée et obtenue par un autre créancier, sont-ils recevables à appeler du jugement qui accorde cette collocation, lorsque d'ailleurs elle avait été contestée par le créancier poursuivant l'ordre, et que celui-ci a lui-même appelé du jugement de collocation?*

La Cour de cassation a décidé affirmativement cette question, par arrêt du

13 décembre 1808 (*Voy.* S. 9.1.60, et *J. Av.*, t. 17, p. 140), attendu que la collocation d'un créancier étant expressément contestée par le poursuivant, est censée l'être dans l'intérêt commun, et par tous les autres créanciers qui ne l'ont pas personnellement approuvée (1).

[[Nous avons dû, sous les *Quest.* 2564 et suiv., et, pour ne rien négliger de ce qui se rapportait aux effets de la forclusion de contredire, traiter la difficulté que soulève ici M. Carré, et nous l'avons résolue dans un sens contraire à celui de l'arrêt de cassation qu'il paraît approuver : nous persistons de nouveau dans notre opinion, par les raisons déduites aux n°s 2564, 2564 *bis*, et 2564 *ter*, auxquels il suffit de renvoyer.]]

2590. *En quel cas un créancier, qui ne s'est pas présenté à l'ordre, peut-il appeler du jugement? En quel cas ne peut-il intervenir sur l'appel pour contester?*

Par arrêt de la Cour de cassation du 6 mars 1809 (S. 9.1.153; *J. Av.*, t. 17, p. 149), il a été jugé, sous l'empire de la loi du 11 brumaire an VII, qu'un créancier inscrit qui ne s'est pas présenté à l'ordre ne peut appeler du jugement qui l'a homologué, et que la collocation d'un créancier, non contestée en première instance, ne peut l'être en l'appel.

M. Denevers fait observer sur cet arrêt que la question doit, sous l'empire du Code de procédure, être résolue dans le même sens, d'après la combinaison des art. 758, 759, 760 et 767. Il faut rapprocher de cette décision un arrêt de la Cour de Paris du 9 février 1809 (*Voy.* encore DENEVERS, 1809, *Suppl.*, p. 77), qui a jugé :

1° Qu'un créancier qui ne s'est pas présenté à l'ordre ne pouvait intervenir sur l'appel d'un jugement d'ordre, attendu qu'il ne pouvait se plaindre d'avoir été omis dans l'état de collocation ;

2° Qu'un créancier ne pouvait appeler de ce même jugement, à l'égard du poursuivant dont la collocation ne lui nuit pas, parce que, suivant le Code, on ne peut, en matière d'ordre, intimer sur l'appel que les créanciers dont la collocation fait obstacle à l'appelant ;

3° Qu'un créancier ne peut appeler contre tout autre créancier, lorsqu'il ne s'est pas plaint dans le mois de l'ordonnance du juge-commissaire qui l'écartait de l'ordre, parce qu'un créancier, comme nous l'avons dit (Voy. *Quest.* 2575 et 2576), n'a que la faculté de contester dans le délai marqué par la loi, et que, ne l'ayant pas fait, il est censé avoir acquiescé pleinement à cette ordonnance.

[[La Cour de Colmar, 3 avril 1816 (*J. Av.*, t. 17, p. 305; *J. P.*, 3e édit., t. 13, p. 370), a jugé que les créanciers qui n'ont pas produit dans un ordre peuvent faire valoir leurs droits sur l'appel par voie d'intervention, et cela, par le motif que les créanciers non produisants seraient en droit de former tierce opposition, et qu'aux termes de l'art. 466, tous ceux à qui ce droit appartient ont également celui d'intervenir dans les contestations. Il résulterait de cette doctrine que la faculté d'intervenir appartient aux créanciers non produisants, tant que l'ordre n'est pas définitivement clos; ce point ne souffre aucune difficulté, lorsqu'il ne s'est pas élevé de contestations; en ce cas, c'est seulement en faisant la clôture de l'ordre que le juge-commissaire prononce la déchéance des créanciers non produisants, aux termes de l'art. 759. Lorsque, au contraire, un débat s'élève sur le rang ou la quotité d'une créance, le juge-commissaire arrête l'ordre quant aux créances antérieures, ce qui implique for-

(1) Cette décision se trouve en harmonie avec celle de l'arrêt du 28 décembre 1808, rapporté sur la *Quest.* 1559. Elle est fondée sur le même principe.

clusion du droit d'attaquer celles-ci, et renvoie pour le surplus à l'audience. Tant que le débat s'agite en première instance, il nous semble incontestable que le créancier retardataire peut se présenter et produire. Pourquoi n'en serait-il pas de même lorsque, le jugement étant rendu, un appel vient tout remettre en question?.... Il est évident que le non-produisant ne serait pas recevable à attaquer ce jugement par appel principal, ce serait violer la règle des deux degrés de juridiction; quant à son intervention sur un appel interjeté et d'ailleurs régulier, suivant la juste précision de la Cour de Rennes, 26 mai 1814 (*J. Av.*, t. 17, p. 265; *J. P.*, 3e édit., t. 12, p. 223), il nous paraît qu'elle doit être reçue, non comme conséquence du droit de former tierce opposition au jugement et à l'arrêt, car nous ne voyons pas comment il serait permis au créancier forclos de produire de s'opposer au règlement sanctionné par décision passée en force de chose jugée qui établit l'ordre des créances, mais parce que, jusqu'au terme fixé par l'art. 767, les retardataires étant admis à produire, doivent le faire d'une manière utile à leurs intérêts, et devant la juridiction saisie de l'instance (1).

Quant aux autres branches de la question ci-dessus posée, nous admettons les solutions de M. Carré. Nous approuvons également un arrêt de la Cour royale de Paris du 26 décembre 1810 (*J. Av.*, t. 17, p. 192), d'après lequel le saisi est non recevable à critiquer, sur l'appel d'un jugement d'ordre, les dispositions de ce jugement qui ont réduit ou rejeté la collocation de quelques créanciers, alors surtout qu'il ne s'est pas rendu appelant de ce jugement.

La demande en intervention, dans les cas où elle est admissible, doit être formée par requête, conformément à l'art. 339, Cod. proc. civ. C'est ce qui a été jugé par la Cour de Rouen, le 30 décembre 1814 (*J. Av.*, t. 17, p. 277), relativement à l'ancien propriétaire de l'immeuble dont l'ordre est ouvert sur un second acquéreur; il doit y être appelé comme simple créancier, mais il peut y intervenir en une autre qualité.]]

[[**2590** bis. *Le créancier qui, par suite du jugement d'ordre, dans lequel il a été partie, se trouve rejeté de l'ordre, peut-il se rendre intervenant sur l'appel interjeté de ce jugement par d'autres créanciers?*

Non; car aux termes de l'art. 466, Cod. proc. civ., aucune intervention ne peut être reçue, si ce n'est de la part de ceux qui auraient droit de former tierce opposition, et ce droit ne peut appartenir à celui qui a été partie en première instance; la seule voie qui lui reste ouverte est celle de l'appel. *Voy.*, dans ce sens, les arrêts de la Cour de Paris des 24 prairial an XII, et 20 mars 1808; de la Cour de Metz, du 15 février 1812; de la Cour de cassation, 12 décembre 1814 (*J. Av.*, t. 17, p. 110, 134, 215 et 275; *J. P.*, 3e édit., t. 4, p. 45; t. 10, p. 121, et t. 12, p. 484); *Voy.* également, dans le *Journal des Avoués*, t. 25, p. 194, un arrêt semblable de la Cour royale de Limoges, et ce que nous avons dit sur la *Quest.* 2589, où cet arrêt se trouve relaté.]]

2591. *L'appel d'un jugement d'ordre doit-il être signifié non pas seulement aux créanciers directs colloqués, mais encore aux créanciers en sous-ordre qui figurent dans ce jugement, et qui doivent profiter de la collocation?*

D'après un arrêt de la Cour de cassation du 2 mai 1810 (*Voy.* S. 10.2.244;

---

(1) [C'est par application de ces principes qu'un arrêt de Rennes, 29 août 1814 (*J. Av.*, t. 17, p. 242; *J. P.*, 3e éd., t. 12, p. 400), a jugé qu'un créancier, dont le titre a été reconnu par un jugement postérieur au jugement d'ordre, peut intervenir sur l'appel de ce dernier jugement.]

J. Av., t. 17, p. 175), le créancier contestant n'est obligé d'intimer que les créanciers directs colloqués dans l'ordre, parce que c'est leur collocation que le contestant a intérêt de faire infirmer, et non la répartition qui en aurait été faite à leurs créanciers, qui peuvent, par intervention, venir faire valoir les droits de leur débiteur, comme le feraient des saisissants en sous-ordre.

[[« Les art. 763 et 765, qui sont relatifs à l'appel du jugement d'ordre, dit M. COFFINIÈRE (*J. Av.*, *loc. cit.*), n'indiquent pas quelles sont les parties qui doivent figurer sur cet appel; mais il est facile de suppléer au silence de ces deux articles, en combinant diverses dispositions qui les précèdent et qui les suivent. — Il y a beaucoup d'analogie entre la poursuite de l'ordre et la procédure relative à une distribution de deniers par contribution; l'on peut donc raisonner par induction de l'une à l'autre. Or, d'après les art. 667 et 669, le créancier contestant et le créancier dont la collocation est contestée peuvent seuls figurer en première instance et sur l'appel, avec la partie saisie et l'avoué le plus ancien des opposants; il doit en être par conséquent de même en matière d'ordre, et les créanciers qui contestent les uns les autres la priorité de la collocation (c'est-à-dire les créanciers inscrits sur l'immeuble), doivent seuls se trouver en cause avec la partie saisie. — D'ailleurs, les art. 749 et suiv., notamment l'art. 753, ne permettent pas de douter que les créanciers en sous-ordre, qui peuvent profiter en définitive de la collocation d'un ou plusieurs créanciers personnels du saisi, ne doivent rester étrangers à toute la procédure en première instance. De quel motif pourrait-on donc induire la nécessité de les intimer sur l'appel? Serait-ce de leur intérêt dans la contestation? Mais il leur est facile de le mettre à couvert, en prenant la voie de l'intervention ou celle de la tierce opposition; et ce serait mal à propos violer la règle générale dont les rédacteurs du Code ont fait une application particulière à la procédure en distribution de deniers, que d'admettre sur l'appel d'autres parties principales que celles qui auraient figuré en première instance. — Enfin, il est important de remarquer le soin que le législateur a pris d'assurer aux créanciers en sous-ordre le montant de la collocation de leur débiteur. Une inscription prise, ou une opposition formée à cet effet, avant la clôture de l'ordre, leur donne une garantie suffisante pour la conservation de leurs droits, et les rend étrangers aux débats judiciaires entre les divers créanciers directement colloqués (art. 778). — Ainsi, il résulte manifestement de la combinaison de ces diverses dispositions que l'appel du jugement d'ordre ne doit être signifié qu'aux créanciers qui y ont figuré en leur nom personnel, c'est-à-dire aux créanciers inscrits sur l'immeuble. »

Nous adhérons aux considérations développées par M. Coffinière, en les corroborant de l'autorité de M. PIGEAU, *Proc. civ.*, t. 2, part. 5, tit. 4, chap. 1, n° 7, et des arrêts de Grenoble, 4 février 1832 (*J. Av.*, t. 45, p. 480; DEVILL., 1833.2.89; *J. P.*, 3e édit., t. 24, p. 670), et de Montpellier, 24 novembre 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 284, et *J. P.*, 3e édit., t. 24, p. 356).

Cette dernière Cour a toutefois rendu une décision contraire, le 15 mars 1831 (*J. Av.* t. 40, p. 408; *J. P.*, 3e éd., t. 23, p. 1331; DEVILL., 1831.2.54).]]

2592. *S'il n'est pas nécessaire que les créanciers en sous-ordre soient intimés sur l'appel, s'ensuit-il qu'ils ne puissent appeler du jugement qui aurait rejeté la collocation répartie entre eux?*

Nous ne le pensons pas, attendu que la loi leur accorde l'exercice de tous les droits de leur débiteur. (*Voy.* l'arrêt de la Cour de Lyon, cité sur la *Question* 2194.)

Ainsi la signification du jugement, faite par un créancier en sous-ordre, fait

courir le délai d'appel. (Riom, 18 mars 1815; S. 17.2.253; *J. Av.*, t. 17, p. 289.)

[[Nous adoptons cette solution, elle rentre dans les principes consacrés par la jurisprudence (1).]]

[[**2592** bis. *Faut-il, à peine de nullité, que toutes les parties qui ont figuré dans l'ordre soient intimées sur l'appel du jugement qui a statué sur une contestation? Quelles sont les parties qui sont censées avoir intérêt dans la cause?*

D'abord, en ce qui concerne les créanciers qui n'ont aucun intérêt direct ni indirect à la contestation, et aux droits desquels le jugement n'a pu porter, directement ni indirectement, aucun préjudice, il paraît universellement reconnu que leur intervention volontaire ou forcée devant la Cour n'est en aucun cas exigée, et qu'elle devrait même être considérée comme frustratoire. C'est ce qui a été jugé par la Cour de Poitiers, le 19 mars 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 459), à l'égard du vendeur et de l'acquéreur de l'immeuble dont le prix reste à distribuer; par la Cour de Bordeaux, le 3 juillet 1834 (*J. Av.*, t. 49, p. 474; Devill., 1834.2.468), à l'égard de l'acquéreur seulement; par la Cour de Toulouse, le 13 août 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 25), en ce qui concerne les créanciers colloqués en un rang antérieur à ceux dont les droits sont contestés, etc.

Mais quant aux personnes qui ont intérêt à la contestation, une opinion généralement accréditée, du moins avant la jurisprudence de la Cour de cassation dont nous parlerons bientôt, semblait exiger leur mise en cause devant la Cour, à peine de déchéance contre l'appelant, ce qui donnait une grande importance au point de savoir en quel cas une partie, figurant à l'ordre, est réputée avoir intérêt à la contestation.

La difficulté s'est plusieurs fois présentée à l'égard du saisi lui-même. Les Cours de Limoges, 15 novembre 1813, et de Paris, 16 janvier 1811 (Devill., *Collect. nouv.*, 3.2.394), ont décidé qu'il doit être intimé en appel, sur ce fondement qu'il est essentiellement partie dans le jugement qui tranche le plus souvent, non pas seulement la question de savoir quel rang occupera la créance, mais encore si elle existe et s'il est juste de l'admettre. La Cour de Pau, 19 mars 1828 (*J. Av.*, t. 37, p. 41), a jugé, avec beaucoup plus de raison, que le saisi n'ayant intérêt que dans ce dernier cas, il faut, pour savoir s'il doit

---

(1) [Ajoutons 1° que le créancier chirographaire, appelant du jugement qui a rejeté sa demande de collocation en sous-ordre, n'est pas tenu d'intimer tous ceux qui, en première instance, ont été défendeurs à cette demande. Colmar, 5 mai 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 75; *J. P.*, 3e édit., t. 23, p. 447);

2° Que le débiteur saisi n'est pas partie nécessaire dans une instance sur un sous-ordre. Peu lui importe, en effet, l'emploi de la somme qu'il doit à son créancier; Bourges, 6 juin 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 317);

3° Qu'on ne peut demander, pour la première fois, en appel, une collocation en sous-ordre; ce serait là une demande nouvelle assujettie aux deux degrés de juridiction. *Voy.* un arrêt de la Cour de Bordeaux du 24 janv. 1837 (*J. Av.*, t. 52, p. 240; Devill., 1837.2.280);

4° Que lorsque, dans un ordre, les créanciers d'un créancier sont porteurs de subrogations à son hypothèque, il n'est pas nécessaire de les colloquer en sous-ordre; la préférence peut être accordée aux créanciers premiers subrogés; Cassation, 2 avril 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 251);

5° Que lorsqu'une créance privilégiée a été cédée à divers cessionnaires pour des portions plus ou moins importantes, ceux-ci doivent être colloqués concurremment et à la même date, quoique leurs transports et les significations qu'ils en ont faites aux débiteurs aient eu lieu à des époques différentes. Cassation, 4 août 1817 (*J. Av.*, t. 17, p. 333; *J. P.*, 3e éd., t. 14, p. 400).]

être ou non intimé, s'attacher à la nature de la contestation, examiner, en un mot, si elle porte sur le rang ou bien sur l'existence du droit.

La difficulté s'est encore présentée en ce qui touche l'avoué du dernier colloqué. Il nous suffira de renvoyer à cet égard à nos observations sur la *Quest.* 2595, art. 764.

Il nous paraît évident que l'intérêt du saisi, du dernier colloqué, de l'acquéreur, est un point de fait qui se modifie d'après les circonstances particulières de chaque cause et la nature des contestations. La question, qui perd d'ailleurs beaucoup de son importance en présence de la solution dont nous allons présenter les motifs, n'est donc point de celles qui peuvent se décider d'une manière absolue.

Elle devient plus délicate encore, en changeant de caractère, à l'égard des créanciers eux-mêmes qui figurent à l'ordre. Leur intérêt effectivement est de deux sortes : *direct*, lorsque le rang de leur créance fait l'objet de la contestation ; *indirect*, lorsque, sans être attaqué, il peut subir un changement par suite de l'arrêt à intervenir, ce qui arrive notamment à l'occasion de toutes les créances postérieures à celle qui est contestée, lesquelles, si les prétentions de l'appelant étaient admises, seraient toutes rejetées à un degré plus bas, et, par conséquent, exposées à des vicissitudes à l'abri desquelles semblait les mettre le règlement de collocation.

On devait donc naturellement se demander s'il était besoin d'intimer en appel même les créanciers indirectement intéressés dans la cause ; et, bien que les Cours de Paris, le 9 février 1809 (*J. Av.*, t. 17, p. 148), et de Nancy, le 28 avril 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 233), aient paru ne pas admettre la nécessité de cette intimation, le principe contraire a prévalu dans la jurisprudence des Cours royales. Celle de Riom, les 3 août 1826, et 11 décembre 1840 (*J. Av.*, t. 35, p. 356, et t. 60, p. 225), l'a formellement reconnu. La même Cour, 29 juin 1826 (*J. Av.*, t. 34, p. 362), et celle de Bourges, 14 novembre 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 349), en ont tiré la conséquence que tous les créanciers postérieurs à la créance contestée doivent être mis en cause, lorsque le débat a pour effet d'attaquer l'ordre entier ou d'absorber tous les deniers : la Cour de Toulouse, 8 juill. 1829 (*J. Av.*, t. 41, p. 693), en a également conclu qu'il importait peu que ces créanciers eussent pris ou non part à la contestation.

Cette opinion et les diverses conséquences qu'on en déduit sont certainement logiques. Mais il en résulte que la nécessité d'intimer s'étendrait à d'autres parties qu'à celles qui ont figuré en première instance, et que la déchéance contre l'appelant s'appliquerait à une multitude de cas pour lesquels elle paraît beaucoup trop rigoureuse.

On conçoit effectivement très bien que la partie condamnée, qui n'a relevé appel que contre quelques-unes de celles qui ont figuré dans la contestation, soit déclarée déchue à l'égard de toutes. Mais qu'après avoir mis en cause tous les contestants de première instance, il résulte néanmoins contre elle une fin de non-recevoir, prise de son silence vis-à-vis de tiers qu'elle ne connaît point, à raison de l'intérêt indirect et éloigné qui les rattache au débat, c'est là une rigueur exorbitante et d'autant moins admissible qu'il n'en existe nulle trace dans la loi.

Le fondement de ce système, l'indivisibilité de la procédure d'ordre, a été mis à néant par trois arrêts successifs de la Cour de cassation, en date des 27 mai 1834 (*J. Av.*, t. 49, p. 477 ; Devill., 1834.1.580) ; 19 décembre 1837 (*J. Av.*, t. 54, p. 239 ; Devill., 1838.1.235) ; et 25 juillet 1842 (Devill., 1842.1.691). Cette Cour a jugé que la divisibilité, qui est le caractère général des procédures, ne souffrait point d'exception pour les instances d'ordre. Que loin de prescrire l'indivisibilité en cette matière, l'art. 758 semble au contraire la repousser, en scindant la marche à suivre, selon que les créances sont ou non contestées ;

que l'art. 764, qui permet d'assigner le créancier dernier colloqué, lorsqu'il a intérêt au débat (Voy. *infrà*, *Quest.* 2595), rend toutefois cette intimation purement facultative. La Cour suprême a conclu de là que l'appelant n'est point déchu du droit de plaider devant la Cour, par cela seul qu'il n'a pas mis en cause toutes les parties directement ou indirectement intéressées, et que celles qu'il aurait intimées ne peuvent tirer de cette négligence aucune fin de non-recevoir. *Voyez* encore, en ce sens, deux arrêts de Colmar et de Bordeaux des 4 et 26 mai 1832 (*J. Av.* t. 45, p. 527).

Nous approuvons pleinement cette doctrine; mais, il nous semble que la Cour de cassation ne l'a pas heureusement appliquée, en jugeant en même temps que la voie de la tierce opposition reste ouverte aux parties qui n'ont pas été intimées sur l'appel. Cette décision est un dernier sacrifice fait à l'opinion repoussée. La solidarité entre les créanciers n'existe pas plus que l'indivisibilité dans l'instance (1). Ainsi, celui d'entre eux qui perd en appel le rang que lui assignait le jugement ne se trouvera pas, par cela seul, porté au rang qui suit; car ce dernier est occupé en vertu d'une décision dont il n'a pas été interjeté appel par un tiers dont le droit n'a même donné lieu à aucune contestation. Le déposséder, nonobstant la chose jugée, et le renvoyer à son tour dans un rang subséquent, n'est-ce pas une injustice manifeste et la violation des principes fondamentaux de procédure? Un exemple nous fera mieux comprendre : *Primus* dispute à *Secundus* le premier rang qu'un jugement accorde à celui-ci. *Tertius* obtient le second. En appel, *Primus* est vainqueur, et la place de *Secundus* lui est attribuée. Mais, *Tertius* n'a pas été attaqué ; il reste dans l'ordre, définitivement fixé *quant à lui*. Il n'a donc pas à se pourvoir, par la tierce opposition, contre *Secundus* qui veut le déposséder. D'ailleurs celui-ci n'a peut-être été condamné que pour s'être mal défendu. *Tertius* en est-il responsable? Peut-être aussi sa créance a-t-elle été déclarée éteinte ou mal fondée ? Tout repousse, comme on le voit, de telles prétentions.

En définitive, *Primus*, qui n'a élevé de débat en première instance que contre *Secundus*, n'est tenu d'intimer que lui. Mais *Secundus*, dans la prévision d'une défaite, agira prudemment en mettant en cause *Tertius*, et en demandant subsidiairement à prendre le rang de ce dernier, pour le cas où il serait évincé de celui qu'il occupe. C'est là un appel incident qu'il est permis de relever même après le délai ordinaire de dix jours, comme nous le disons sous la *Quest.* 2586 *quater* (Voy. *suprà*, p. 85). S'il y manque, l'effet de la condamnation sera de le rejeter à la suite de tous les créanciers colloqués.]]

2593. *L'appel d'un jugement qui prononce sur des contestations quelconques, relatives à l'ordre, est-il suspensif de la clôture?*

L'affirmative, relativement aux contestations sur les collocations, n'est pas seulement fondée sur le principe général d'après lequel tout appel est suspensif, à moins que la loi n'ait ordonné ou autorisé l'exécution provisoire, elle résulte encore des dispositions des art. 758, 759 et 767, ainsi qu'il a été jugé par arrêt de la Cour de Bruxelles, du 6 mars 1811 (*J. Av.*, t. 4, p. 344; S. 15.2.186).

Nous remarquerons que cet arrêt a été rendu dans une espèce où il ne s'agissait pas de contestations entre les créanciers sur la validité des créances et sur l'ordre des collocations, mais de difficultés élevées sur la validité des actes de la procédure; en sorte que l'on pourrait croire que le juge-commissaire serait fondé à clore l'ordre, indépendamment des difficultés de cette nature.

---

(1) [*Voy.* d'ailleurs t. 4, p. 264, notre *Quest.* 1709, sur la tierce opposition.]

On voit que l'arrêt précité a décidé le contraire ; mais si la décision pouvait être critiquée comme trop rigoureuse, on ne peut disconvenir au moins que le juge-commissaire n'agît sagement en retardant en ces circonstances la clôture de son procès-verbal, afin de ne pas exposer les créanciers à des frais inutiles, si la procédure relative à l'ordre était annulée par le tribunal ou par les juges d'appel.

[[Nous partageons, entièrement, cette manière de voir, qui est aussi celle de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 65.]]

2594. *L'objet du jugement d'ordre est-il fixé, relativement à chaque créancier, par la totalité des sommes à distribuer, de sorte que l'un d'eux puisse en interjeter appel, quoique la somme pour laquelle on lui a refusé la collocation ne s'élève pas à* 1,500 fr.?

Nous avons résolu cette question pour l'affirmative, relativement à la distribution (V. *Quest.* 2192) ; il est sensible que les mêmes motifs exigent la même décision en ce qui concerne le jugement d'ordre (1).

[[L'opinion de M. Carré est partagée par MM. PERSIL, t. 2, p. 448, § 12; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 325; MERLIN, *Rép.*, v° *Dernier ressort*, § 7; et la jurisprudence semble incliner en ce sens. Voir les arrêts des Cours de Bruxelles, des 11 sept. 1809 et 21 août 1810 ; de Paris, du 26 déc. 1810 ; de Liége, du 5 juill. 1811 ; d'Angers, du 26 juill. 1811 ; de Metz, du 22 mars 1817 ; de Limoges, des 5 juin 1817 et 24 février 1826 (*J. Av.*, t. 17, p. 163, 188, 192, 324, 331 et t. 31, p. 225 ; *J. P.*, 3e édit., t. 7, p. 832; t. 8, p. 550 et 726; t. 9, p. 445 et 496; t. 14, p. 116 et 267 ; t. 20, p. 207) ; d'Orléans, des 19 nov. 1819 et 26 avril 1822; de Poitiers, du 1er juill. 1819 (*J. Av.*, t. 17, p. 163, et suiv. et 346) ; d'Aix, du 9 fév. 1825; de Lyon, 27 avril 1825 (*J. Av.*, t. 28, p. 101 et t. 29, p. 69) ; de Douai, 1er avril 1826; d'Agen, 25 fév. 1834 (*J. Av.*, t. 31, p. 198 et t. 49, p. 667), et de Riom, 26 mai 1840 (*J. Av.*, t. 61, p. 700).

Contre l'opinion de M. Carré, voy. un arrêt de la Cour d'Agen du 17 nov. 1812 (*J. Av.*, t. 17, p. 164 et *J. P.*, 3e édit., t. 10, p. 808).

Voy. encore sur la question un arrêt de la Cour de cassation du 9 mars 1840 (*J. Av.*, t. 58, p. 355), qui, en décidant d'une manière formelle et conforme d'ailleurs à un précédent arrêt de la même Cour, du 19 avril 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 10; DEVILL., 30.1.190), que le jugement en jonction de deux ordres n'influait en rien sur le sort de la contestation quant à la compétence, a rejeté un pourvoi, « attendu qu'il résultait de l'ensemble des circonstances que, soit sous le rapport des prix mis en distribution, soit sous le rapport des tiers détenteurs débiteurs de ce prix, soit sous le rapport de la quotité des créances produites, soit enfin sous le rapport du taux de chaque demande en collocation, le litige restait dans les limites du dernier ressort. »

La Cour suprême a donc évité de se prononcer sur cette grave difficulté ; mais elle a été agitée par M. le conseiller Duplan, dans le lumineux rapport qui a précédé l'arrêt, et qui est textuellement rapporté dans le *Journal des Avoués*.

Cette question est plutôt de compétence que de procédure, et nous croyons devoir renvoyer à l'ouvrage de M. BENECH, *sur les tribunaux civils de première instance*, p. 169.

Ce savant collègue examine toutes les hypothèses qui peuvent se présenter, et nous partageons entièrement ses doctrines, contraires à la jurisprudence des

---

(1) [On peut consulter le tome 4, édit. in-8°, *de la Compétence*, de M. CARRÉ, p. 316 et suiv., *Quest.* 305, et les notes de M. Victor FOUCHER.]

Cours royales; le *Journal des Avoués* a rapporté sa brillante dissertation, t. 58, p. 358. *Voy.* aussi M. Souquet, *Dict. des temps légaux, Introd.*, n° 393.

Ces principes sont les mêmes, en matière de distribution par contribution. Les auteurs sont fort divergents d'opinion : *V.* MM. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 265; Favard de Langlade, t. 2, p. 116, n° 4; Dalloz, t. 10, p. 861, n° 9; et la *Quest.* 2192, de M. Carré.

La Cour royale de Toulouse a décidé avec raison, par arrêt du 22 mars 1839 (*J. Av.*, t. 56, p. 374), que la loi du 25 avril 1838 n'est pas applicable, quant à la fixation du dernier ressort, à la contestation soulevée dans un ordre, lorsque la production du créancier est antérieure à la nouvelle loi, bien que le contredit ait une date postérieure.]]

Art. 764. L'avoué du créancier dernier colloqué pourra être intimé, s'il y a lieu.

Cod. de proc., art. 667, 669. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Ordre*, n°s 275 à 298.
Questions traitées : Quand y a-t-il lieu à intimer l'avoué du créancier dernier colloqué? *Q.* 2595. — Est-il nécessaire, à peine de nullité, que la mise en cause de l'avoué du créancier dernier colloqué ait lieu dans le délai fixé pour l'appel du jugement d'ordre? *Q.* 2595 *bis*.]

2595. *Quand y a-t-il* lieu *à intimer l'avoué du créancier dernier colloqué?*

Les jurisconsultes qui ont écrit sur le Code ne sont pas absolument d'accord sur l'interprétation des expressions de l'art. 764. Pour mettre le lecteur à portée de fixer ses idées sur le sens qu'il convient de leur donner, nous croyons devoir rapporter ce qu'on lit à ce sujet dans les divers ouvrages que nous avons sous les yeux.

M. Tarrible, p. 681, s'exprime comme il suit : « Si, à défaut de choix d'un avoué, de la part du créancier postérieur à la créance contestée, la défense a été confiée à l'avoué du créancier dernier colloqué, conformément à l'art. 760, certainement cet avoué, qui joue le rôle principal dans l'instance, *doit* être intimé; dans le cas contraire, *il n'y aurait lieu* à intimer l'avoué du créancier dernier colloqué qu'autant que ce créancier serait intervenu individuellement pour contester particulièrement. C'est ainsi que l'on peut expliquer, ce semble, ces expressions restrictives de cet article, *s'il y a lieu.* »

M. Pigeau, *Proc. civ.*, liv. 2, part. 5, tit. 4, chap. 1er, § 5, pense qu'on ne doit intimer l'avoué du dernier colloqué que quand il a été partie, soit comme défenseur de la masse, soit en son nom personnel. S'il ne l'a pas été, dit l'auteur, c'est qu'il n'a pas contredit, et puisqu'il a acquiescé tacitement à la distribution, il est inutile de le faire entrer dans les contestations auxquelles elle donne lieu.

Ainsi l'explication de ces deux auteurs est la même, et c'est aussi celle que donne M. Delaporte, t. 2, p. 346, en disant qu'*il y a lieu* à intimer l'avoué dont il s'agit, lorsqu'il a été partie en première instance.

Suivant les auteurs du *Praticien*, ces mots, *s'il y a lieu*, exprimeraient que, dans le cas où ce n'est pas cet avoué qui est chargé de défendre, il peut être appelé, lorsque sa créance court risque de ne pas venir en ordre utile, ou lorsqu'il peut avoir des raisons particulières pour combattre celui qui vient le primer, ou autres motifs semblables.

On remarquera que cette explication diffère de celles de M. Pigeau et de M. Tarrible, en ce qu'elle suppose que l'avoué du dernier colloqué peut être appelé, lorsqu'il n'a pas été chargé de défendre, tandis que ceux-ci estiment que c'est précisément lorsqu'il l'a été qu'il peut être intimé.

Enfin, dit M. Demiau-Crouzilhac, p. 469, on peut intimer l'avoué du créan-

cier dernier colloqué, *s'il y a lieu*, c'est-à-dire lorsque l'intérêt des créanciers inférieurs aux collocations contestées l'exige, comme, par exemple, lorsque la contestation a pour objet de faire admettre une créance ou de la faire rejeter; mais s'il ne s'agit que du rang entre les créanciers contestants, peu importe aux créanciers qui sont à un rang inférieur, puisque la décision de cette contestation ne peut produire aucun effet à leur égard, leur rang ne devant en éprouver aucun changement.

Sur les difficultés que présentent les expressions trop générales de l'art.764, il nous semble que le législateur, en disant que l'avoué du créancier dernier colloqué peut être intimé, *s'il y a lieu*, a entendu faire une exception à la règle générale d'après laquelle l'appel devait être signifié au domicile de chacun des créanciers postérieurs à la créance contestée (*V.* l'art. 763 et la *Quest.* 2584); que cette exception s'applique au cas où l'avoué du créancier colloqué a représenté la masse de ces mêmes créanciers, ou contesté individuellement, conformément à l'art. 760, ce que la loi exprime par ces mots, *s'il y a lieu.*

Cette explication se fonde sur ce que la même raison pour laquelle la procédure a été simplifiée en première instance existe, relativement à la procédure d'appel. Or, comme le remarque M. Lepage, dans ses *Questions*, p. 522, si l'on était obligé d'intimer chaque créancier sur l'appel, on se trouverait, dans cette seconde instance, tout aussi embarrassé par le nombre des parties qu'on l'eût été lors de la première, si le législateur n'avait pas pris la précaution de confier la défense de tous les contestants à un seul avoué.

Ainsi, nous concluons de ces observations qu'il n'y a lieu à intimer personnellement les créanciers contestants qu'autant qu'ils ont soutenu leurs contestations individuellement, l'avoué du dernier colloqué devant, dans le cas contraire, être appelé pour les représenter.

Il est à remarquer qu'il ne faut pas induire de là que cet avoué de première instance puisse occuper en cause d'appel. Les termes de l'art. 764 signifient seulement que les pouvoirs de ce représentant commun l'autorisent à choisir un avoué près de la Cour; d'où il suit que si l'appelant qui l'a intimé réussit dans son appel, outre la signification de l'arrêt à l'avoué de la Cour, la signification qu'il est prescrit de faire à la partie ne se ferait qu'à l'avoué commun, puisque c'est lui seul qui aurait été intimé comme le représentant légal des créanciers réunis.

Nous ferons observer, en outre, que les termes de l'article ne sont pas facultatifs ; en sorte qu'il soit libre à l'appelant, soit d'intimer personnellement, et à personne ou domicile, chacun des contestants, soit d'intimer l'avoué du dernier colloqué; du moins le mot *peut* nous paraît employé pour marquer l'exception que l'art. 764 fait à la règle générale posée en l'art. 763, et d'après laquelle on ne *pourrait* appeler l'avoué du dernier colloqué, si l'art. 764 n'avait pas fait cette exception que nous venons de mentionner.

Mais sur la question que nous venons de résoudre, on pourrait demander s'il ne serait pas permis, lorsque les créanciers auraient fait choix d'un avoué, ainsi qu'ils y sont autorisés par l'art. 760, d'appeler cet avoué, encore qu'il ne fût pas l'avoué du dernier colloqué. M. Lepage paraît supposer l'affirmative; mais nous ne croyons pas cette opinion certaine, par le motif que la loi n'a fait d'exception qu'à l'égard de ce dernier.

[[Comme on le voit, trois opinions se sont élevées sur le sens des derniers mots de l'art. 764.

S'il y a lieu veut dire, selon MM. Pigeau et Tarrible, dont l'explication a été admise par M. Berriat Saint-Prix, p. 617, notes 1 et 2, si cet avoué a été partie au procès comme représentant des créanciers contestants. Selon M. Demiau-Crouzilhac, au contraire, et les auteurs du *Praticien* : « Si les créanciers qu'il représente ont intérêt à la contestation. » Enfin, d'après M. Carré, dont l'opi-

nion est au fond celle de M. Tarrible plus développée, *s'il y a lieu* veut dire si l'avoué dernier colloqué représente la masse des créanciers, conformément à l'art. 760, et que celle-ci conteste l'ordre de collocation.

Entre ces trois explications, celle de M. Demiau-Crouzilhac nous paraît devoir être adoptée par une considération décisive.

Si l'avoué du dernier colloqué ne devait être intimé que tout autant que les parties qu'il représente, soit individuellement, à raison du mandat reçu, soit collectivement en vertu de l'art. 760, auraient soulevé des contestations sur le règlement, quel serait le but de la disposition que nous expliquons ici? L'article 764 ne dirait autre chose sinon : Une partie pourra être intimée si elle a contesté et obtenu gain de cause!

M. Carré a senti l'objection, car il a fait remarquer que cet article contient une exception au principe admis sous la *Quest.* 2584, et d'après lequel l'intimé doit être assigné à personne ou domicile.

Mais cette observation, exacte d'ailleurs, n'affaiblit nullement la portée de notre objection, car dans l'opinion de MM. Tarrible et Pigeau elle ne donne pas plus de sens à ces termes : l'avoué *pourra* être intimé *s'il y a lieu*, termes qui supposent d'abord que c'est à l'avoué, non à la partie, qu'il faut s'adresser, et ensuite, qu'il est des cas où il y a lieu de l'intimer et d'autres non, ce qui ramène la difficulté exactement au même point.

La loi n'a donc pu ni voulu dire autre chose par là, sinon que l'avoué du dernier colloqué pourra être intimé si les parties qu'il représente ont intérêt à la contestation, ce qui arrive par exemple lorsque l'appel porte sur une créance dont l'admission ou le rejet doit influer sur leur collocation en rang utile. (*Voy.* Toulouse, 8 juillet 1829.)

Résumons ces diverses précisions :

Si les parties que représente l'avoué du dernier colloqué ont contesté, individuellement ou collectivement, elles devront être intimées sur l'appel, cela est de droit.

Lors même qu'elles ont gardé le silence, elles peuvent encore être intimées *s'il y a lieu*, c'est-à-dire si elles ont intérêt à l'être.

Dans tous les cas elles devront être assignées non à domicile, mais dans la personne de l'avoué, que l'art. 760 a établi leur représentant collectif, et la loi l'a voulu ainsi pour continuer en appel la diminution des frais et la simplification de procédure qu'elle avait introduites en première instance, suivant la juste observation de M. Carré.

De ce que l'avoué du dernier colloqué est appelé comme représentant de la masse il suit :

1° Que si les créanciers postérieurs à la collocation contestée se sont entendus pour choisir un avoué, c'est à ce dernier et non à celui du dernier colloqué que l'assignation devra être remise, et nous ne voyons pas pourquoi M. Carré met en doute cette opinion, car les termes de l'article ne sont point restrictifs et la raison est la même.

2° Que si, dans la même hypothèse, il y a lieu d'intimer le dernier colloqué, soit parce qu'il conteste, soit parce qu'il a intérêt au résultat de la contestation, le motif de la dérogation cessant, il ne devra pas être assigné chez l'avoué mais à son domicile, conformément aux règles établies sous la *Quest.* 2584.

La jurisprudence n'avait pas pour mission d'édifier une théorie sur ces divers points; mais la plupart des principes sur lesquels repose notre décision sont admis par les arrêts qui s'en sont occupés.

Ainsi, d'après la Cour de Grenoble, 19 janv. 1815, l'avoué du dernier colloqué est le mandataire légal des créanciers postérieurs à la collocation contestée; c'est à lui que doit être notifié l'appel dirigé contre eux.

D'après la Cour de Toulouse, 13 août 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 25), lorsque

c'est le dernier colloqué qui interjette appel, il ne doit pas mettre en cause ceux dont les créances sont par lui reconnues antérieures et légitimes.

Enfin, selon la Cour de Paris, 18 mars 1837 (*J. Av.*, t. 54, p. 246; DEVILL., 1837.2.243), il est inutile d'intimer l'avoué du dernier créancier colloqué, lorsque le débat s'agite entre deux créanciers dont les droits d'antériorité sont incontestables et absorbent d'ailleurs la somme à distribuer; car en ce cas le dernier colloqué n'a point d'intérêt à la contestation.]]

[[**2595** bis. *Est-il nécessaire, à peine de nullité, que la mise en cause de l'avoué du créancier dernier colloqué ait lieu dans le délai fixé pour l'appel du jugement d'ordre?*

Le rapprochement des art. 763 et 764, Cod. proc. civ., ne peut laisser, dit M. Coffinière, aucun doute sur la solution de cette question. En effet, si le premier de ces articles fixe à dix jours le délai dans lequel l'appel du jugement d'ordre doit être interjeté, l'art. 764, en accordant à l'appelant la faculté d'intimer l'avoué du créancier dernier colloqué, ne fixe aucun délai pour cela; et dès lors, il suffit que l'intimation ait lieu avant que la cause soit en état; c'est ce qui a été jugé par la Cour de Paris, le 27 nov. 1812 (*J. Av.*, t. 17, p. 231; *J. P.*, 3e éd., t. 10, p. 840). Cette solution nous paraît exacte, lorsque l'appel à l'égard des autres parties a été interjeté dans le délai prescrit par l'art. 763.]]

ART. 765. Il ne sera signifié sur l'appel que des conclusions motivées de la part des intimés; et l'audience sera poursuivie ainsi qu'il est dit en l'art. 761.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 257, nos 79 à 82.] — Cod. proc. civ., art. 761. — [Notre Dict. gén. de proc., vo *Ordre*, no 265. — Devilleneuve, *eod. verb.*, nos 145 à 149. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 499 à 504.

QUESTION TRAITÉE : De ce que l'art. 765 porte qu'il ne sera signifié sur l'appel que des conclusions motivées de la part des intimés, s'ensuit-il que les appelants puissent signifier un écrit de griefs? *Q.* 2596.]

2596. *De ce que l'art.* 765 *porte qu'il ne sera signifié sur l'appel que des conclusions motivées de la part des intimés, s'ensuit-il que les appelants puissent signifier un écrit de griefs?*

M. DELAPORTE, t. 2, p. 246, tient l'affirmative; mais nous ne saurions admettre cette opinion, parce que l'appelant a dû libeller ses griefs dans son acte d'appel, conformément à l'art. 763. (Voy. *Quest.* 2688.) C'est à lui à s'imputer la faute de ne l'avoir pas fait; cet acte, les conclusions des intimés et la sommation d'audience, voilà toute la procédure autorisée par l'appel dont il s'agit. (*Voy.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 469.) L'appelant ne peut, en effet, répondre aux conclusions de l'intimé, par la même raison qu'il a fourni, ou qu'il est réputé avoir fourni ses griefs dans l'acte d'appel; aussi le tarif n'accorde-t-il aucun droit pour ses réponses. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 186.)

[[Nous adoptons sans restriction l'opinion de M. Carré, dans le sens de laquelle on peut consulter encore M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 443.

Nous avons cependant fait remarquer dans notre *Commentaire du Tarif*, t. 2, p. 257, no 81 (*Voy.* notre *Quest.* 2588), que le défaut d'énonciation de griefs dans l'acte d'appel n'entraînant pas la nullité de cet acte, il faut que l'appelant puisse y suppléer par des conclusions motivées; mais elles ne passeront pas en taxe.]]

ART. 766. L'arrêt contiendra liquidation des frais: les parties qui

succomberont sur l'appel seront condamnées aux dépens, sans pouvoir les répéter.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 257, nos 83 à 86.] — Cod. proc. civ., art. 361, 768 et 770. — [Notre Dict. gén. de proc., vis *Ordre*, nos 55, 56, 266 à 268, 284, 356, 394, 479; *Saisie immobilière*, nos 1227 et 1228. — Devilleneuve, v° *Ordre*, nos 150 à 152. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 520 à 523.

QUESTIONS TRAITÉES : Les appels de jugements d'ordre sont-ils réputés matières ordinaires, et peut-on, conséquemment, ordonner une instruction par écrit avant de rendre l'arrêt? *Q.* 2597. — L'arrêt est-il rendu sur rapport? Le ministère public doit-il être entendu? *Q.* 2597 *bis*. — En matière d'ordre, la voie de l'opposition est-elle ouverte contre les arrêts par défaut? *Q.* 2597 *ter*. — Où doivent être portées les difficultés qui s'élèvent sur l'exécution d'un arrêt rendu en matière d'ordre? Est-ce devant la Cour qui a rendu l'arrêt, ou devant le tribunal où l'ordre a été ouvert? *Q.* 2597 *quater*. — Quand les contestants ont obtenu gain de cause, leurs dépens sont-ils colloqués? *Q.* 2598. — L'arrêt doit-il contenir liquidation des frais à peine de nullité? *Q.* 2598 *bis*.]

2597. *Les appels de jugements d'ordre sont-ils réputés matières ordinaires, et peut-on, conséquemment, ordonner une instruction par écrit avant de rendre l'arrêt?*

M. PIGEAU, t. 2, p. 261, fait observer que l'art. 669 porte qu'en matière de contribution on statue sur l'appel comme en matière sommaire; mais que l'art. 766, qui parle de l'arrêt sur l'appel en matière d'ordre, ne contient pas la même disposition; qu'ainsi on peut ordonner l'instruction par écrit, si elle est nécessaire. La raison de cette différence, dit-il, est que les questions de privilége et d'hypothèques qui s'élèvent sur un ordre peuvent être plus chargées de titres et plus difficiles que celles qui s'élèvent sur une contribution.

Cette opinion, qui est fondée sur ce que l'appel n'est pas réputé matière sommaire, et que M. Coffinière professe aussi (*J. Av.*, t. 9, p. 188; S. 15.2. 179), avait été consacrée par un arrêt de la Cour de Paris du 13 déc. 1809, puisqu'il a décidé que les dépens de l'instance d'appel devaient être fixés d'après le mode établi pour les matières ordinaires.

Mais l'arrêt de la Cour de cassation du 10 janv. 1815 (*J. Av.*, t. 17, p. 278; S. 15.1.67; *J. P.*, 3e éd., t. 12, p. 529), a définitivement placé les matières d'ordre au nombre des affaires sommaires, attendu qu'elles requièrent célérité, et nous croyons que cette décision a fixé la jurisprudence, car elle a été rendue après une discussion vraiment approfondie.

[[Nonobstant cet arrêt et la discussion qui l'avait précédé, la difficulté consiste à savoir, comme on le voit, si les procédures d'ordre doivent être considérées comme matières sommaires. *Voy.*, sur ce point, notre *Commentaire du Tarif*, t. 2, p. 254, n° 76, et p. 465 et suiv., ainsi que les arrêts auxquels renvoie la *Quest.* 2581 *bis* ci-dessus. *Voy.* aussi la question suivante.]]

[[**2597** bis. *L'arrêt est-il rendu sur rapport? Le ministère public doit-il être entendu?*

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 443, résout ces questions par la négative. « Le « rapport, dit-il, a lieu en première instance, à cause de la multitude de dif« ficultés de détail qui sont, en général, à régler; mais en appel, toutes ces « difficultés sont élaguées, il ne reste plus à statuer que sur des questions « principales bien précises; le rapport, aussi bien que l'instruction par écrit, « sont donc inutiles. Quant à l'intervention du ministère public, d'une part la « loi ne l'exige pas formellement; et d'un autre côté, le motif qui l'a fait or« donner en première instance est le même que celui qui a fait exiger le rap« port; or, ce motif n'existe plus devant la Cour. » Cette opinion de M. Pigeau est d'autant plus remarquable que, dans son premier ouvrage sur la procédure,

il avait au contraire avancé qu'une instruction par écrit pouvait être ordonnée en cause d'appel, si elle était nécessaire ; il est certain que, dans l'usage, l'ordre ne donne effectivement lieu ni à un rapport, ni à une instruction par écrit ; ce qui du reste ne porte aucune atteinte aux principes posés sous la question précédente.

Quant à l'intervention du ministère public devant la Cour, voyez notre *Quest.* 2581 *quinquies.*]]

[[**2597** ter. *En matière d'ordre, la voie de l'opposition est-elle ouverte contre les arrêts par défaut?*

Voy. *suprà*, p. 73, notre solution affirmative sous la *Quest.* 2582.]]

[[**2597** quater. *Où doivent être portées les difficultés qui s'élèvent sur l'exécution d'un arrêt rendu en matière d'ordre? Est-ce devant la Cour qui a rendu l'arrêt ou devant le tribunal où l'ordre a été ouvert?*

La Cour royale de Bourges a décidé avec raison, le 22 nov. 1815 (*J. Av.*, t. 17, p. 302, et *J. P.*, 3e édit., t. 13, p. 121), que c'est devant le tribunal de première instance, attendu que, par sa décision, la Cour a consommé ses pouvoirs. A la vérité l'art. 472, Cod. proc. civ., dispose qu'en cas d'infirmation d'un jugement, l'exécution entre les mêmes parties appartiendra à la Cour royale qui aura prononcé ; mais il en excepte les cas dans lesquels la loi attribue juridiction : tels qu'en matière d'expropriation forcée et d'ordre. L'art. 767 ne laisse point de doute à cet égard, puisqu'il trace la marche à suivre, quinzaine après la signification de l'arrêt. C'est donc à tort que la Cour de Rouen, 30 déc. 1814 (*J. Av.*, t. 17, p. 276, et *J. P.*, 3e édit., t. 12, p. 514), a renvoyé devant les premiers juges, par ce motif *que la cause n'était pas instruite.* Ce n'est point là la véritable raison de décider. *V.* aussi notre *Quest.* 1699 *bis*, t. 4, p. 233.]]

2598. *Quand les contestants ont obtenu gain de cause, leurs dépens sont-ils colloqués?*

Voy., sur l'art. 768, la *Quest.* 2605.

[[Nous traiterons aussi, sous la même question, de la collocation des frais exposés tant en première instance qu'en appel.]]

[[**2598** bis. *L'arrêt doit-il contenir liquidation des frais, à peine de nullité?*

La négative a été admise par la Cour de cass., le 6 juin 1820 (*J. Av.*, t. 9, p. 170, et *J. P.*, 3e édit., t. 15, p. 1026), et rien dans les termes de l'art. 766 n'indique effectivement la nécessité d'une telle sanction.

Il en serait autrement sans doute, en vertu des principes généraux, si les dépens dans la procédure d'ordre devaient nécessairement être taxés comme en matière sommaire ; mais nous avons vu déjà, *Quest.* 2597, qu'une disposition aussi absolue n'existait pas. *V.* au surplus notre *Comment. du Tarif*, t. 2, p. 257, n° 83.]]

ART. 767. Quinzaine après le jugement des contestations, et, en cas d'appel, quinzaine après la signification de l'arrêt qui y aura statué, le commissaire arrêtera définitivement l'ordre des créances contestées et de celles postérieures, et ce, conformément à ce qui est

prescrit par l'art. 759 : les intérêts et arrérages des créanciers utilement colloqués cesseront.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 259 et suiv., nos 89 à 91.] — Cod. proc. civ., art. 670, 672, 750, 757, 759, 767, 770 et 774. — [Notre Dict. gén. de proc., vo *Ordre*, nos 178, 252, 397 à 406, 434, 438 à 446. — Locré, t. 22, p. 488, no 99.

QUESTIONS TRAITÉES : Est ce à partir de la prononciation du jugement que commence à courir le délai de quinzaine pour la clôture définitive de l'ordre? *Q.* 2599. — Les créanciers utilement colloqués doivent-ils être payés sur la masse hypothécaire de tous LES INTÉRÊTS qui auraient couru pendant le retard de la délivrance? *Q.* 2600. — Doit on colloquer au même rang que le capital d'où ils résultent les intérêts échus depuis l'adjudication, encore bien que l'art. 2151, Cod. civ., porte que le créancier inscrit pour un capital n'a droit d'être colloqué que pour deux années seulement, et pour l'année courante? *Q.* 2601. — L'adjudicataire doit-il les intérêts de son prix à compter du jour de la clôture de l'ordre? Les doit-il lorsque le jugement sur contredits est attaqué par la voie de l'appel? *Q.* 2601 *bis.* — Les art. 757 et 767 ne peuvent ils s'appliquer qu'au cas où l'adjudicataire a consigné? *Q.* 2602. — Est-ce bien du jour de la clôture, ou n'est-ce que du jour de la délivrance des bordereaux que les intérêts cessent? *Q.* 2603. — Y a t-il lieu à accorder les intérêts, lorsqu'il s'agit de créances où ils ne sont pas stipulés? *Q.* 2604. — Le créancier qui veut élever une contestation après le règlement définitif de l'ordre peut il le faire, par un dire à la suite du procès-verbal d'ordre, clos et arrêté par le juge-commissaire? *Q.* 2604 *bis.* — Lorsqu'en ordonnant la collocation d'une rente viagère, un jugement d'ordre donne aux créanciers postérieurs en hypothèque l'option de rembourser le capital de cette rente ou d'en profiter à son extinction, en laissant, pour sûreté du paiement des arrérages, tout le prix à distribuer entre les mains de l'adjudicataire, l'option faite par l'un des créanciers, dans le délai déterminé par le tribunal, est-elle obligatoire pour les autres créanciers qui ont laissé expirer le délai sans manifester leur intention à cet égard? *Q.* 2604 *ter* (1).]

2599. *Est-ce à partir de la prononciation du jugement que commence à courir le délai de quinzaine fixé pour la clôture définitive de l'ordre?*

En s'en tenant rigoureusement aux termes de l'art. 767, on serait porté à résoudre affirmativement cette question. La plupart des commentateurs les répètent sans aucune observation ; en sorte qu'on pourrait en conclure qu'ils supposeraient cette solution. (*V.* PIGEAU, t. 2, p. 261, et DEMIAU-CROUZILHAC, p. 469.)

M. DELAPORTE, t. 2, p. 346, dit au contraire que ces mots de l'art. 767, *quinzaine après le jugement des contestations*, s'entendent de la quinzaine qui suit la signification de ce jugement à avoué (art. 763), augmentée d'un jour par trois myriamètres de distance : il en donne pour raison le délai d'appel fixé par l'art. 763.

En effet, dit M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 617, not. 23, si la loi eût voulu autoriser la clôture de l'ordre, dans la quinzaine du jugement, elle n'aurait point permis d'appeler de ce jugement dans les dix jours de la notification, outre l'augmentation en raison des distances ; autrement, l'appel, dans ce cas, pourrait être inutile, puisqu'il se pourrait et que la signification du jugement et que celle de l'appel n'eussent lieu qu'après cette quinzaine, et par conséquent après la clôture de l'ordre.

Ce savant professeur ajoute que le véritable sens de l'art. 767 est naturelle-

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Lorsque la notification prescrite par l'art. 2186, Cod. civ., n'a été faite qu'à des héritiers, il faut suspendre la clôture de l'ordre, jusqu'après l'expiration du délai accordé, pour surenchérir, aux cohéritiers qui n'ont pas été avertis par une notification. Metz, 19 novembre 1818 (*J. Av.*, t. 17, p. 341, no 223 ; *J. P.*, 3e édit., t. 14, p. 1073) ;

2° Il a y lieu de surseoir à la clôture définitive d'un ordre ouvert sur la part indivise d'un des débiteurs, tant que le partage n'a pas eu lieu.

Le créancier, à qui l'un des héritiers a consenti hypothèque sur sa part indivise de la succession, peut, après le partage ou la licitation, demander la collocation d'après le rang de son hypothèque sur la portion du prix représentative de l'immeuble vendu ou licité. Aix, 23 janv. 1835 (*J. Av.*, t. 47, p. 488 : DEVILL., 1835.2.267 ; *J. P.*, 3e éd., t. 26, p. 1299).]

ment expliqué par l'art. 672, qui statue sur le même point, et sur un sujet de même espèce, *la distribution*, et qui, précisément, fixe le commencement du délai au jour de la signification du premier jugement.

On ne saurait contester la force de ces raisons, et cependant on oppose le texte de l'art. 767, qui, par cela seul qu'il fait courir le délai de quinzaine du jour de la signification de l'arrêt, lorsqu'il y a appel, prouve, dit-on, qu'elle commence à courir du jour de la prononciation du jugement. On ajoute que l'art. 783 du projet était conçu en ces termes : *Quinzaine après la signification du jugement d'ordre, et, en cas d'appel, quinzaine après la signification du jugement qui y a statué.* Or, on maintient que ce n'est pas sans raison que l'on a supprimé dans le Code le mot *signification*, relativement au jugement d'ordre. (V. *Praticien*, t. 4, p. 468.)

Nous ne trouvons ni dans les observations des Cours d'appel, ni ailleurs, les raisons de cette suppression : et comme il est de principe général qu'un jugement ne peut être exécuté qu'autant qu'il a été signifié ; comme l'appel en suspend nécessairement l'exécution, et qu'il est impossible de justifier d'un appel avant que le délai, lorsqu'il est fixé à raison des distances, soit écoulé, nous partageons l'opinion de M. Berriat Saint-Prix, qui d'ailleurs est conforme à un usage généralement adopté. Au surplus, nous pensons que le législateur a pu autoriser la clôture de l'ordre avant la signification du jugement, pour le cas où il ne serait pas sujet à l'appel, ce qui peut avoir lieu lorsque le prix de l'immeuble ou la valeur de la créance contestée n'excède pas 1,000 fr. (V. *Quest.* 2594); que c'est par cette considération que l'on a supprimé dans le Code le mot *signification*, qui se trouvait dans le projet; mais que toutes les fois qu'il y a lieu à l'appel, il faut en revenir aux principes généraux : c'est au moins le parti le plus prudent.

[[Nous n'avons rien à ajouter aux explications de M. Carré, dont la décision est d'ailleurs conforme à l'usage ; néanmoins, en ce qui concerne la question du ressort, nous renvoyons au n° 2594, où M. Carré paraissait être d'une opinion opposée à celle qu'on vient de lire.]]

2600. *Les créanciers utilement colloqués doivent-ils être payés sur la masse hypothécaire de tous* LES INTÉRÊTS *qui auraient couru pendant le retard de la délivrance ?*

M. Tarrible (V. *Nouv. répert.*, p. 678) maintient l'affirmative de cette question, et la prouve par des raisonnements tirés de la combinaison des art. 757, 759, 767 et 770, qui, comme il le fait observer, sont les seuls qui statuent sur les intérêts, et dont on puisse tirer les règles qui doivent diriger le juge dans la collocation de ces intérêts.

« Il paraît, dit ce jurisconsulte, que le législateur a voulu que *tous les intérêts* courus pendant l'instance de l'ordre jusqu'au moment où il est définitivement arrêté fussent payés à chaque créancier colloqué utilement, sur la masse hypothécaire, et que le créancier venant immédiatement après ceux utilement colloqués, ou après lui, le débiteur saisi, qui, par cette prolongation d'intérêts, se trouverait frustré d'une partie de la masse hypothécaire qui aurait dû lui revenir, puisse la répéter contre les auteurs du retard. » (*V.* art. 770.)

[[*Voy.* nos observations sur les questions suivantes.]]

2601. *Doit-on colloquer au même rang que le capital d'où ils résultent les intérêts échus depuis l'adjudication, encore bien que l'art.* 2151, *Cod. civ., porte que le créancier inscrit pour un capital n'a droit d'être colloqué que pour deux années seulement, et pour l'année courante ?*

M. Tarrible, p. 679, résout cette question pour l'affirmative. « Dans le cas,

dit-il, où les contestations surviendraient à la fin de la troisième année courante, mentionnée dans l'art. 2151, et qui doit, avec les deux années pleines, être colloquée pour les intérêts au même rang que le capital, et où ces contestations se prolongeraient encore pendant cinq ans, les intérêts courus pendant ces cinq années de retard, quoique excédant la mesure ordinaire, quoique dépourvus du secours de l'inscription primitive et de toute inscription particulière et ultérieure, n'en seraient pas moins alloués en entier sur la masse hypothécaire, au profit des créanciers utilement colloqués ; et ceux qui se trouveraient frustrés par cet accroissement d'intérêts n'auraient de recours que contre les auteurs du retard. »

Cette décision, comme celle donnée sur la précédente question, dérive de la combinaison des art. 757, 759, 767 et 770, Cod. proc. civ., qui sont, sur ce point, interprétatifs de l'art. 2151, Cod. civ.; mais elle est justifiée d'ailleurs par trois arrêts, l'un de la Cour de cass., du 22 nov. 1809, l'autre de la Cour de Rouen, du 28 juin 1810 (V. *Quest. de droit*, 2e édit., t. 3, p. 88; *J. Av.*, t. 17, p. 129; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.1.124, 2.299), et le troisième de la Cour de Paris, du 28 déc. 1807. (*J. Av.*, t. 17, p. 129 ; S., 8.2.65.)

[[Ces deux arrêts, ainsi qu'un troisième de la Cour de Paris, du 26 déc. 1807 (*J. Av.*, t. 17, p. 129), ont été rendus par application de la loi du 11 brum. an VII, contrairement à un premier arrêt de la Cour de cass., du 4 frim. an XIV (*J. Av.*, t. 17, p. 118; *J. P.*, 3e édit., t. 6, p. 523, et DEVILL., *Coll. nouv.*, 2.1.183, 2.317); de nombreuses décisions, intervenues sous l'empire des lois actuelles, ont fixé la jurisprudence dans le même sens. On peut voir les arrêts de Paris, 7 juill. 1813; de Bourges, 26 août 1814; de Colmar, 13 mars 1817; de Metz, 29 mai 1823 (*J. Av.*, t. 17, p. 253, 270, 321 et 364, et *J. P.*, 3e édit., t. 11, p. 530 ; t. 12, p. 393; t. 14, p. 131 ; t. 17, p. 1141), de Lyon, 28 août 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 293), et ceux de la Cour de cass., des 27 mai 1816 et 14 nov. 1827 (*J. Av.*, t. 17, p. 307, et t. 34, p. 217; DEVILL., *Coll. nouv.*, 4.2.337, 407, 5.2.250, 1.195, 6.2.473). Voici du reste comment la Cour suprême a motivé sa dernière décision, à laquelle nous donnons notre adhésion pleine et entière :

« Attendu que la disposition restrictive de l'art. 2151, qui se réfère à la quotité des intérêts conservés par l'inscription hypothécaire, n'est point applicable aux intérêts et arrérages qui courent depuis la clôture du procès-verbal d'ordre; qu'il faut, en effet, distinguer les intérêts dus en vertu d'une inscription de ceux qui sont dus en conformité d'un procès-verbal d'ordre clos et de la collocation arrêtée au profit d'un créancier auquel un capital est adjugé; que, dans le premier cas, l'art. 2151 confère au créancier seulement le droit d'être colloqué pour deux années et la courante, au même rang d'hypothèque que pour son capital; que, dans le second cas, ce n'est point en vertu de l'art. 2151, et par la force de l'inscription qui, d'ailleurs, a produit tout son effet, que les intérêts du capital pour lequel le créancier a été utilement colloqué sont dus jusqu'au paiement effectif de ce capital, mais bien par l'effet de la collocation arrêtée au procès-verbal d'ordre, qui a réglé définitivement le sort des créanciers entre eux ; attendu enfin que cette distinction, qui résulte de la combinaison des art. 2151, Cod. civ., et 757, 769 et 770, Cod. proc. civ., concilie l'intérêt de tous les créanciers; qu'elle est conforme à la raison et à l'équité; qu'il ne serait pas juste, en effet, qu'un créancier, premier en ordre, qui ne peut toucher la totalité de sa créance, à l'instant même de la collocation arrêtée définitivement à son profit, par l'effet d'une circonstance indépendante de sa volonté, et qui lui est étrangère, fût privé de recevoir, lorsque les deniers deviennent libres, les intérêts qui sont l'accessoire du capital pour lequel il a été colloqué... etc.»

Telle est aussi l'opinion de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 66; MERLIN, *Répert.*, t. 12, p. 305, et BERRIAT SAINT-PRIX, t. 2, p. 621, not. 37.

La même décision a été appliqué par la Cour de Bordeaux, le 3 juill. 1834 (*J.*

Av., t. 34, p. 474, et *J. P.*, 3e édit., t. 26, p. 699; DEVILL., 1831.2.168), aux intérêts dus au créancier en sous-ordre sur le montant de la collocation allouée à son débiteur.]]

[[**2601** bis. *L'adjudicataire doit-il les intérêts de son prix à compter du jour de la clôture de l'ordre ? Les doit-il lorsque le jugement sur contredit est attaqué par la voie de l'appel ?*

Il est d'abord évident que l'adjudicataire ne peut, du moment de la clôture de l'ordre, être forcé de garder le prix de l'adjudication; ce prix est désormais entre ses mains un capital improductif, puisque les créanciers sont en droit d'en réclamer le montant dans le plus bref délai, sous peine de revente par folle enchère; il faut donc qu'il lui soit permis de consigner. *Voy.* d'ailleurs *suprà*, p. 15, notre *Quest.* 2519 *quater*. Aucune difficulté sérieuse ne s'élève sur ce point.

Mais lorsqu'il n'a pas usé de cette voie de libération, nul doute alors qu'il ne soit, en vertu de la règle commune, tenu de payer les intérêts des capitaux qu'il retient, et la disposition de l'art.767, qui interrompt le cours des intérêts du moment de la clôture de l'ordre, ne fait aucun obstacle à cette décision; car elle suppose bien certainement un débiteur ordinaire, celui pour lequel statue aussi l'art. 757, mais non l'adjudicataire soumis à cette obligation, jusqu'au moment où il s'est libéré, sauf toutefois convention contraire, comme s'il est stipulé dans le cahier des charges que l'acquéreur ne devra point les intérêts du prix, en raison de ce qu'il se tient toujours prêt à payer. Ces divers points ont été résolus dans le sens de notre opinion, par arrêts de Paris, 7 juillet 1813, de Cassation, 11 août 1813, et 16 mars 1814 (*J. Av.*, t. 17, p. 247, 253 et 258; *J. P.*, 3e édit., t. 11, p. 530 et 622, t. 12, p. 147), et de Bordeaux, 27 avril 1833 (*J. Av.*, t. 47, p. 503); tel est aussi l'avis de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 56, et MERLIN, *Répert.*, t. 12, p. 307, note 2, et t. 15, p. 111, *Add.*, v° *Chose jugée*.

Par la même raison, nous ne voyons pas pourquoi l'adjudicataire cesserait d'être tenu, sauf convention contraire, pendant le cours de l'instance sur contredit et sur l'appel du jugement intervenu en cette matière. En principe, il doit les intérêts du prix tant qu'il ne s'est point libéré; et le retard que mettent les débats à sa libération n'est point un événement tellement extraordinaire, tellement imprévu, qu'il puisse s'en prévaloir pour se soustraire à son obligation. A la vérité, ce n'est pas à tel créancier particulier, mais à la masse, que les intérêts seront dus; et la faculté de consigner, qui reste toujours à l'adjudicataire, lui enlève tous motifs de plainte à cet égard. La Cour de Paris a néanmoins, le 6 juin 1815 (*J. Av.*, t. 17, p. 294), résolu la question en sens contraire, mais sa décision, vivement critiquée par M. Coffinière, *eodem loco*, ne paraît pas destinée à faire jurisprudence. *Voy.* notamment un arrêt de Cassation, du 18 août 1808 (*J. Av.*, t. 20, p. 161).]]

2602. *Les art.* 757 *et* 767 *ne peuvent-ils s'appliquer qu'au cas où l'adjudicataire a consigné ?*

Nous rappelons ici que l'art. 757 met à la charge des créanciers négligents à produire les intérêts qui ont couru pendant le temps où ils ont été en retard, et que l'art. 767 veut que les intérêts des créances colloquées utilement cessent *dès la clôture de l'ordre*. M. Tarrible soutient, et avec raison, que ces deux articles ne peuvent s'appliquer qu'au cas où l'adjudicataire a consigné, parce que ce n'est qu'alors que le saisi ou les derniers créanciers peuvent souffrir de l'accroissement des intérêts alloués aux créanciers utilement colloqués, tandis

que si l'adjudicataire a gardé le prix, ils ne souffrent aucun préjudice, attendu qu'il y a eu, dans la masse hypothécaire, une augmentation équivalant à cet accroissement. (*Voy.* les raisons de cette décision, au *Nouv. Répert.*, vº *Saisie immobilière*, p. 679.)

[[D'après les explications données sous la question précédente, on comprend facilement pourquoi le saisi et les derniers créanciers souffrent de l'accroissement des intérêts alloués à ceux qui ont été utilement colloqués, en cas de consignation seulement. En effet, l'adjudicataire qui a retenu le prix doit, comme nous l'avons vu, les intérêts de ce prix qui compensent l'accroissement; mais la caisse des consignations, au contraire, ne doit rien jusqu'à une certaine époque, et après ce temps, elle paye un intérêt moindre que celui de la loi. La distinction de MM. Carré et Tarrible est donc fondée sur une différence réelle, et doit par conséquent être adoptée.]]

2603. *Est-ce bien du jour de la clôture, ou n'est-ce que du jour de la délivrance des bordereaux que les intérêts cessent?*

Nous avons supposé, sur la question précédente, que c'était du jour même de la clôture, parce que les termes de l'art. 767 nous paraissent formels à cet égard.

Mais M. Berriat Saint-Prix, p. 621 et 622, not. 37, nº 3, fait observer qu'on pourrait objecter, 1º que l'art. 771 accorde au greffier jusqu'à dix jours pour la délivrance des bordereaux, et que, pendant ces dix jours, les créanciers perdront leurs intérêts; 2º que l'arrêt du 22 novembre, cité sur la *Quest.* 2601, a décidé que les intérêts sont dus jusqu'au paiement effectif.

Mais le même auteur réfute ces objections, en répondant, sur la première, qu'il est impossible d'éviter l'inconvénient de la privation des intérêts pendant quelques jours, puisqu'il faut bien accorder quelque temps pour la préparation des bordereaux, et, sur la seconde, qu'il est possible qu'on n'ait entendu parler par ces mots, *paiement effectif*, que de la même époque de clôture, puisque autrement il faut décider que le greffier aurait le droit de changer le travail du commissaire, ce qui ne peut être, ainsi que le remarquent les auteurs du *Pratic.*, t. 4, p. 487, puisque le greffier ne peut délivrer les bordereaux que conformément à ce qui a été arrêté par ce magistrat.

[[Nous partageons l'opinion de M. Carré avec d'autant plus de confiance que nous croyons, avec M. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 448, que le greffier peut délivrer les bordereaux immédiatement après la clôture de l'ordre, et sans être obligé d'attendre le délai de dix jours, accordé par l'art. 771 : s'il s'élève des difficultés sur cette délivrance, il en sera référé au président du tribunal, sur l'assignation donnée au greffier.

La Cour de Bourges, 23 mai 1829 (Dalloz, 30.2.32, et *J. P.*, 3ᵉ édit., t. 22, p. 1052), paraît avoir entendu de la même manière que nous les dispositions de l'art. 767.]]

2604. *Y a-t-il lieu à accorder les intérêts, lorsqu'il s'agit de créances où ils ne sont pas stipulés?*

Toutes demandes en collocation, soit dans les distributions par contribution, soit dans les ordres, font produire des intérêts, même aux créances où ils ne sont pas stipulés, si toutefois le demandeur en collocation les réclame. La raison en est que la saisie, et ensuite ces demandes, mettent suffisamment le débiteur en demeure de payer, et que la réquisition des intérêts doit être assimilée à une demande judiciaire. (Voy. *Nouv. Répert.*, vº *Intérêts*, § 4, nº 14, t. 6, p. 415.)

[[Cette solution nous paraît incontestable.]]

[[**2604** bis. *Le créancier qui veut élever une contestation, après le règlement définitif de l'ordre, peut-il le faire par un dire à la suite du procès-verbal d'ordre clos et arrêté par le juge-commissaire ?*

Non, car ce dire devrait être fait par l'avoué, et sa mission a cessé dès que le règlement a été définitivement clos. Il n'y a plus alors d'incidents possibles. Dans le cas proposé, le créancier doit introduire sa demande par exploit, à ses risques et périls, comme une action principale. En conséquence, serait radicalement nul le jugement intervenu sur un simple avenir, après le règlement définitif, encore bien que l'avoué du défendeur eût signé avec son client un dire en réponse à celui du créancier contestant; ainsi jugé par la Cour de Colmar, le 2 mai 1835 (*J. Av.*, t. 48, p. 347; *J. P.*, 3e édit., t. 27, p. 127).]]

[[**2604** ter. *Lorsqu'en ordonnant la collocation d'une rente viagère, un jugement d'ordre donne aux créanciers postérieurs en hypothèque l'option de rembourser le capital de cette rente ou d'en profiter à son extinction, en laissant pour sûreté du paiement des arrérages tout le prix à distribuer entre les mains de l'adjudicataire, l'option faite par l'un des créanciers, dans le délai déterminé par le tribunal, est-elle obligatoire pour les autres créanciers qui ont laissé expirer le délai sans manifester leur intention à cet égard?*

Il semblerait que la condition des créanciers, dont le remboursement est subordonné à l'éventualité d'une rente viagère, devrait être absolument la même, et que, dans l'impossibilité de les accorder à cet égard, celui qui a gardé le silence devrait suivre la condition de celui qui a fait son option, d'après le jugement qui l'avait autorisé. Cependant un arrêt de la Cour de Paris, du 16 août 1815 (*J. Av.*, t. 17, p. 298; *J. P.*, 3e éd., t. 13, p. 44), a décidé que l'option ne devait pas être considérée comme collective; que celle faite par un seul des créanciers était valable et ne devait profiter qu'à lui.

La Cour de Bourges a même décidé que lorsque, sur la somme à distribuer, il est prélevé un capital pour fournir au service de la rente viagère, l'acquéreur a droit, préférablement aux créanciers colloqués éventuellement sur ce capital, de le conserver entre ses mains jusqu'à l'extinction de la rente. L'arrêt est du 25 mai 1827 (*J.P.*, 3e éd., t. 21, p. 466). Les motifs sont, que l'acquéreur, ne pouvant pas obtenir la radiation de l'hypothèque du créancier de la rente qu'il serait obligé de servir, aurait nécessairement, et pour sa garantie et pour avoir les moyens de l'acquitter, le droit de garder entre ses mains les fonds dont les intérêts seraient destinés au paiement des arrérages de la rente; qu'il se trouve alors dans une situation analogue à celle de l'acquéreur d'un bien grevé d'hypothèques légales au profit de femmes et de mineurs, où, à raison d'une créance éventuelle, il doit rester nanti de fonds suffisants pour y satisfaire, le cas échéant.

Le même arrêt a décidé aussi que, lorsque le capital ainsi réservé est insuffisant pour parfaire le service de la rente, on doit, chaque année, prélever sur ce capital la somme nécessaire pour compléter les arrérages, et que les intérêts de ce capital doivent diminuer à proportion de sa réduction.

D'un autre côté, la Cour de Caen a jugé, le 18 mai 1813 (*J. P.*, 3e éd., t. 11, p. 380), 1° que le crédi-rentier viager, qui n'est point payé, a le droit de faire ordonner l'emploi d'une somme suffisante sur le produit de la vente des biens de son débiteur pour le service des arrérages; 2° mais qu'il n'a pas le droit d'exiger que les acquéreurs retiennent en leurs mains un capital au denier vingt de la rente viagère; 3° que les créanciers postérieurs et tous autres qui ont intérêt peuvent faire vendre par adjudication au rabais le service de la rente, à la

charge toutefois par l'adjudicataire de fournir une garantie immobilière capable d'assurer ce service.

Il résulte d'un arrêt de la Cour de cassation du 4 frim. an XIV (*J. Av.*, t. 17, p. 118; *J. P.*, 3e éd., t. 5, p. 47), que, pour le service d'une rente viagère colloquée dans un ordre, on peut laisser entre les mains de l'acquéreur un capital dont l'intérêt annuel soit égal à cette rente, sauf à distribuer ce capital, après l'extinction de la rente, aux créanciers qui pourront y prétendre; et que les créanciers postérieurs à ceux inscrits pour des droits éventuels peuvent être colloqués provisoirement sur les deniers affectés à cette éventualité, à la charge de donner caution de rapporter, s'il y a lieu.]]

ART. 768. Les frais de l'avoué qui aura représenté les créanciers contestants seront colloqués, par préférence à toutes autres créances,[1] sur ce qui restera de deniers à distribuer, déduction faite de ceux qui auront été employés à acquitter les créances antérieures à celles contestées.

[Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 258, nos 87 à 88.]— Cod. proc. civ., art. 759, 766 et 777.— [Notre Dict. gén. de proc., vo *Ordre*, nos 107, 109, 111, 182 et 473. — Locré, t. 22, p. 486, no 97.

QUESTIONS TRAITÉES : Les frais de l'avoué qui a représenté les créanciers contestants en première instance ou en appel, doivent-ils être, DANS TOUS LES CAS, colloqués au premier rang, sur ce qui reste de deniers à distribuer après déduction de ceux qui ont été employés à acquitter les créances antérieures à celles contestées? *Q.* 2605. — Les frais de l'huissier qui a instrumenté pour la cause commune, doivent-ils être colloqués par préférence comme ceux de l'avoué? *Q.* 2606.]

2605. *Les frais de l'avoué qui a représenté les créanciers contestants* [[*en première instance ou en appel*]] *doivent-ils être,* DANS TOUS LES CAS, *colloqués au premier rang, sur ce qui reste de deniers à distribuer, après déduction de ceux qui ont été employés à acquitter les créances antérieures à celles contestées?*

M. PIGEAU, t. 2, p. 185, paraît supposer qu'il n'y a lieu à payer par préférence les frais de cet avoué qu'autant qu'il a réussi dans la contestation qu'il a soutenue. Mais M. Tarrible, considérant ces frais comme des frais *nécessaires,* maintient qu'ils doivent, *dans tous les cas*, être colloqués au premier rang, sans distinguer si les demandes ont été accueillies ou s'il a succombé.

Telle est aussi l'opinion que nous avons adoptée dans notre *Analyse*, no 2393. Nous la fondions sur ce que c'est la loi elle-même qui, dans le cas où il y a contestation d'une créance, ordonne que la cause sera commune aux créanciers postérieurs à la créance contestée (art. 760): d'où il suit que tous les frais faits pour cette cause commune, par l'avoué qui la défend, doivent, *en tous les cas,* être colloqués par préférence.

Cependant nous nous rangeons à l'opinion émise par M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 621, not. 35. Il fait observer avec raison que, dans toute contestation judiciaire, des frais sont nécessaires, et qu'il ne s'ensuit point de là, et par cela seul, qu'on doive les obtenir lorsqu'on les a faits, et surtout mal à propos. Dans l'hypothèse, ajoute M. Berriat, le débiteur dont on distribue les deniers ne doit certainement pas supporter les dépens que des créanciers ont occasionnés par leur prétention mal fondée à une collocation plus avantageuse que celle que leur donnait l'état du commissaire. Au surplus, l'art. 766 prononce positivement, et sans doute d'après ces principes, que les parties qui succombent supportent les dépens, sans pouvoir les répéter (1).

(1) On verra, sur l'article suivant, quel est, quant à la subrogation qu'il ordonne, l'effet de la distinction à faire entre le cas où l'avoué de la cause commune a réussi et celui où il a succombé.

[[Cette dernière opinion nous paraît aussi la plus juste et la plus conforme à la loi. Dans les contestations qui naissent à l'occasion d'une distribution ou d'un ordre, le débiteur ne doit supporter les dépens que dans un cas, c'est lorsqu'il a lui-même contesté les créances de ceux qui se présentent; hors de ce cas, la masse à distribuer ne doit point diminuer, quelles que soient les contestations des créanciers entre eux; sans cela, ce serait condamner aux dépens le débiteur, quoique réellement il ne succombât pas; c'est ce qu'ont également jugé les Cours d'Agen, le 12 janv. 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 185; *J. P.*, 3e éd., t. 19, p. 42), et de Bordeaux, le 24 janv. 1837 (*J. Av.*, t. 52, p. 240). On doit donc dire que les avoués des créanciers contestants ne peuvent, dans tous les cas, user du bénéfice de l'art. 768; ils n'ont ce droit que lorsque leurs clients ont fait triompher leurs prétentions; lorsqu'au contraire ils succombent, il est évident que les avoués ne peuvent pas être payés avant les créances contestées, puisqu'elles étaient mal à propos contestées. Mais il faut dire aussi qu'ils doivent être payés de préférence à ceux qu'ils ont représentés, et en déduction de ce qui sera dû à ces derniers; de cette manière les frais de justice obtiendront le privilége qui leur est accordé par la loi, et le débiteur ne supportera pas les dépens d'un procès qui lui était étranger. (*Voy.* sur ce point, notre *Commentaire du Tarif*, t. 2, p. 258, n° 87, et p. 377, n° 270.)

A l'égard de certains frais à raison desquels l'avoué doit être colloqué au premier rang, on peut consulter les arrêts de Metz, 22 nov. 1825 (*Journ.* de cette Cour, t. 5, p. 350); Bordeaux, 15 juin 1831 (*Journ.* de cette Cour, t. 6, p. 299); Amiens, 5 fév. 1825 (*J. Av.*, t. 33, p. 241; *J. P.*, t. 19, p. 153), et notre *Commentaire du Tarif*, t. 2, p. 256 et suiv., n° 90.

Ce n'est pas ici le lieu de traiter ces questions non plus que celle de savoir si l'on est recevable à demander la collocation des frais de justice sur le prix des immeubles, quand on ne l'a pas provoquée sur le prix des meubles qui était suffisant pour l'acquitter; toutes ces difficultés se rattachent soit au droit civil, soit au Tarif, et non à la procédure d'ordre en elle-même.]]

2606. *Les frais de l'huissier qui a instrumenté pour la cause commune doivent-ils être colloqués par préférence comme ceux de l'avoué?*

Les auteurs du *Praticien*, t. 4, p. 473, se fondant sur deux arrêts de la Cour de Colmar, l'un en date du 12 fruct. an XIII, l'autre du 8 fév. 1806 (*J. Av.*, t. 9, p. 150), maintiennent la négative, attendu que l'huissier doit être considéré comme mandataire de celui qui l'emploie, et, en cette qualité, comme créancier de celui-ci, et non de son débiteur, vis-à-vis duquel aucune action personnelle n'a pu être ouverte en faveur de cet huissier.

C'est par ce motif que ces deux arrêts ont écarté de l'ordre un huissier qui s'y était présenté de son chef pour être colloqué *par privilége*.

M. Berriat Saint-Prix, p. 621, not. 35, combat cette opinion. « Il nous semble, dit-il, que, par ces termes, *les frais de l'avoué*, la loi a voulu désigner *les frais faits au nom des contestants*, parce qu'au moyen de ces frais ils ont obtenu (nous ajoutons, d'après la question ci-dessus, *ou espéré d'obtenir*) une collocation plus avantageuse que celle qu'on leur donnait; que par conséquent s'ils ont été obligés, pour atteindre ce but, d'employer quelquefois le ministère d'un huissier, comme pour notifier leur demande ou le jugement de première instance qui l'aura admise, les frais de l'huissier doivent obtenir la même faveur que ceux de l'avoué. »

S'il est vrai que les auteurs du *Praticien* aient entendu dire que l'avoué ne pouvait être payé de préférence pour les frais de l'huissier qu'il aurait employé, nous croyons pouvoir regarder leur opinion comme une erreur. En effet, c'est à l'avoué de la cause commune de faire toutes les avances nécessaires pour la

défendre ; s'il emploie le ministère d'un huissier, c'est à lui de le salarier, et le montant de ce salaire fait évidemment partie de ses frais. Aussi M. Tarrible, p. 682, dit-il que *les frais et* AVANCES faits pour la cause commune par l'avoué doivent être colloqués de préférence.

Mais si les auteurs du *Praticien* n'ont eu l'intention d'exprimer autre chose, si ce n'est que l'huissier lui-même ne pourrait pas demander à être colloqué de préférence, nous croyons leur opinion fondée, parce que l'huissier n'est que le mandataire de l'avoué, qui seul a qualité pour faire une telle demande, en vertu de l'art. 768.

Ainsi donc, pour concilier ce qu'ont dit ces auteurs et ce qu'oppose ensuite M. Berriat Saint-Prix, nous pensons que l'avoué peut demander et doit obtenir, comme faisant partie de ses frais, les avances qu'il aurait faites ou qu'il aurait à faire à l'huissier; mais que celui-ci ne peut se présenter lui-même pour se faire colloquer, et que, s'il le faisait, on devrait le renvoyer vers l'avoué qui a requis son ministère.

C'est ce qui nous paraît avoir été décidé dans les espèces particulières des deux arrêts de la Cour de Colmar, qui ont renvoyé l'huissier se pourvoir vers la partie, sous l'empire d'une législation qui n'avait aucune disposition semblable à celle des art. 760 et 768. Or, aujourd'hui, c'est l'avoué de la cause commune qui est la partie : c'est donc vers lui qu'on renverrait l'huissier.

[[Tel est aussi notre avis.]]

Art. 769. L'arrêt qui autorisera l'emploi des frais prononcera la subrogation au profit du créancier sur lequel les fonds manqueront, ou de la partie saisie. L'exécutoire énoncera cette disposition, et indiquera la partie qui devra en profiter.

[Notre Dict. gén. de proc., v° *Ordre*, n° 112.
Question traitée : En quoi consiste, comment et contre qui s'exerce la subrogation au profit des créanciers sur lesquels les fonds manquent, ou de la partie saisie? *Q.* 2607.]

2607. *En quoi consiste, comment et contre qui s'exerce la subrogation au profit des créanciers sur lesquels les fonds manquent, ou de la partie saisie?*

On a vu que l'art. 768 autorise, en faveur de l'avoué de la cause commune, un prélèvement par préférence sur ce qui reste de deniers à distribuer, après déduction de ceux employés à payer les créances antérieures à celles qui ont été contestées.

Or, ce prélèvement de frais opère une diminution dans ce reste de deniers, et cette diminution retombe ou sur le créancier *pour lequel les fonds manquent*, c'est-à-dire sur celui qui, par insuffisance de fonds, ne peut toucher sa créance, soit en totalité, soit même en partie, ou sur le saisi, si la masse des deniers n'est pas épuisée par les créances.

On sent en effet que le créancier ou le saisi se trouve privé, par suite du prélèvement prononcé en faveur de l'avoué, du montant de ce prélèvement, qui aurait tourné à son profit.

C'est pour indemniser de cette perte celui des deux qui l'aura essuyée, que l'arrêt (*ou le jugement*) qui autorise l'emploi des frais, c'est-à-dire le paiement par privilége (*V.* Pigeau, t. 2, p. 185), prononce nominativement à son profit la subrogation.

Ici, M. Tarrible, p. 682, examine la question de savoir comment et contre qui s'exerce cette subrogation. Il rappelle ce que nous avions dit sur la *Quest.* 2393 de l'*Analyse*, et que nous avons rétracté d'après l'opinion de M. Berriat

(*V.* ci-dessus, n° 2605), que le prélèvement en faveur de l'avoué doit être ordonné, sans distinction du cas où il a réussi et de celui où il a succombé dans ses demandes, et il ajoute :

« Si la demande a été accueillie, le créancier dont la créance a été contestée a dû être condamné aux dépens et à la restitution des frais envers l'avoué de la cause commune. Cet avoué, pour obtenir son remboursement, n'en choisira pas moins la voie plus prompte et plus sûre de la collocation en premier rang; et c'est précisément ce choix qui donnera un aliment à la subrogation, c'est-à-dire qu'à l'aide de cette subrogation, celui au profit duquel elle aura été prononcée répétera, contre le créancier condamné, les frais qu'il aurait dû rembourser à l'avoué de la cause commune.

« Si, au contraire, l'avoué de la cause commune a succombé, l'arrêt (*ou le jugement*) n'a pu condamner personne au remboursement de ses frais; il ne peut les recouvrer qu'à l'aide du privilége de la collocation que la loi lui accorde (art. 768), et toute subrogation à des droits qui n'existent pas serait illusoire.»

Nous croyons bien, avec M. Tarrible, que si l'avoué de la cause commune a succombé, il n'y a pas lieu à la subrogation; mais nous n'avons pas persisté à penser avec lui que cet avoué puisse, en ce cas, recouvrer ses frais à l'aide du privilége que la loi lui accorde; il s'ensuit qu'il n'a de recours que contre les créanciers contestants qui ont succombé (1).

[[Telle est aussi la conséquence des principes que nous avons émis sur la *Quest.* 2605.]]

ART. 770. La partie saisie et le créancier sur lequel les fonds manqueront, auront leur recours contre ceux qui auront succombé dans la contestation, pour les intérêts et arrérages qui auront couru pendant le cours desdites contestations.

Cod. proc. civ., art. 757 et 767. — [Locré, t. 22, p. 489, n° 100, et p. 597, n° 39.
QUESTION TRAITÉE : S'il n'y a point de créanciers hypothécaires sur lesquels les fonds manquent, mais qu'il se trouve des chirographaires, peuvent-ils exercer le recours accordé par l'art. 770? *Q.* 2608.]

DXIII. Si la disposition de cet article peut sembler sévère, on ne peut en contester la sagesse; elle était indispensable pour empêcher qu'aucun créancier n'élevât légèrement une contestation.

---

(1) De ce que nous accordions, dans notre *Analyse*, le privilége de la collocation, même pour le cas où les contestants avaient succombé, nous en tirions la conséquence que le créancier sur lequel les fonds manqueraient aurait du moins son recours contre les contestants, en remboursement de leur part contributive dans ces frais, dont le prélèvement eût opéré un manque de fonds au préjudice de ce créancier, qui, s'il en eût dû être autrement, se fût trouvé, par l'effet du prélèvement, supporter tous les frais faits pour la cause commune des créanciers contestants, ce qui n'eût pas été juste.

Nous accordions également au saisi, étranger à ces contestations, le droit de répéter vers les contestants le montant de ses frais, s'il se fût trouvé excéder la somme nécessaire pour payer ses créanciers, puisqu'il eût touché cet excédant, s'il n'y avait eu aucune contestation de leur part.

Enfin, nous ajoutions qu'il n'y aurait, dans les deux cas, aucune raison pour qui le juge n'accordât pas au créancier sur lequel les fonds eussent manqué, ou au saisi, un exécutoire contre les contestants. Nous persisterions dans ces observations, si l'opinion de M. Tarrible devait obtenir la préférence; mais elles deviennent superflues, si, comme nous, on s'en tient à celle de M. Berriat.

2608. *S'il n'y a point de créanciers hypothécaires sur lesquels les fonds manquent, mais qu'il se trouve des chirographaires, peuvent-ils exercer le recours accordé par l'art.* 770?

Oui, dit M. Delaporte, t. 2, p. 348; car s'il n'y avait pas eu de contestations, les deniers qui ont servi à acquitter les intérêts et arrérages seraient restés, et auraient été distribués entre les créanciers chirographaires. Cette opinion nous paraît d'autant plus certaine, que la loi, à défaut de créancier sur lequel les fonds manqueraient, accorde au saisi un recours contre les créanciers qui ont causé le retard par de mauvaises contestations : or, on sait qu'il est de principe que tout créancier, même chirographaire, est autorisé à exercer les droits de son débiteur. (V. *Quest.* 2437.)

Les intérêts non conservés par l'inscription ne sont pas chirographaires par leur nature, mais bien hypothécaires, car l'accessoire suit le sort du principal; Colmar, 13 mars 1817 (*J. Av.*, t. 17, p. 321; *S.*, 18.2.137).

[[Ces principes sont incontestables.]]

Art. 771. Dans les dix jours après l'ordonnance du juge-commissaire, le greffier délivrera à chaque créancier utilement colloqué le bordereau de collocation, qui sera exécutoire contre l'acquéreur.

Cod. proc. civ., art. 671 et 758. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Ordre*, n°s 408, 414 à 423, 427, 439. — Devilleneuve, *eod. verb.*, n°s 153 et 154. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n°s 562 à 584. — Locré, t. 22, p. 489, n° 102.

Questions traitées : Ne doit-on délivrer qu'un seul bordereau à un créancier qui serait colloqué séparément pour différentes créances? *Q.* 2609. — Le créancier ne peut-il recevoir son bordereau qu'autant qu'il affirme la sincérité de sa créance? *Q.* 2610. — La délivrance des bordereaux de collocation peut-elle être ordonnée nonobstant l'opposition de l'adjudicataire menacé d'une éviction? *Q.* 2610 *bis.* — Que résulte-t il de ce que le bordereau est exécutoire contre l'acquéreur? *Q.* 2611. — La partie saisie peut-elle, en vertu du jugement d'ordre et par voie d'exécution, contraindre l'adjudicataire au paiement de ce qui reste libre du prix de son adjudication, après l'acquittement des créances colloquées? *Q.* 2611 *bis.* — L'acquéreur est-il valablement libéré quand il a payé le montant de son acquisition à des créanciers munis d'un bordereau de collocation régulier, s'il n'a pas eu égard au rang assigné à chacun d'eux dans le procès-verbal d'ordre? *Q.* 2611 *ter.* — Le bordereau n'est-il exécutoire contre l'acquéreur qu'autant qu'il n'a pas consigné le prix de son acquisition? *Q.* 2612.]

2609. *Ne doit-on délivrer qu'un seul bordereau à un créancier qui serait colloqué séparément pour différentes créances?*

Chaque créancier, dit M. Tarrible, p. 682, recevra autant de bordereaux qu'il y aura pour lui de collocations distinctes. Le créancier poursuivant recevra un bordereau pour les frais de la poursuite d'ordre, et pour ceux de la radiation de son inscription, qui, suivant l'art. 759, doivent être colloqués par préférence à toute autre créance; il recevra en outre un bordereau pour chacune de ses créances personnelles qui auraient été colloquées distinctement; enfin, chacun des autres créanciers recevra un bordereau pour les frais de radiation de son inscription collocable en premier rang, et ensuite d'autres bordereaux distincts pour les créances utilement colloquées.

[[Ce mode de procéder doit être suivi. Si l'ordre est poursuivi par l'avoué du saisissant, ou de tout autre créancier utilement colloqué, le juge doit, ainsi que nous l'avons établi dans notre *Comment. du Tarif*, t. 2, p. 249, n° 58, ordonner la délivrance d'un seul bordereau, tant pour les frais de poursuite que pour les sommes qui reviennent aux créanciers. Si c'était au nom de l'acquéreur que l'avoué poursuivît l'ordre, le juge devrait encore lui faire délivrer un bordereau pour ses frais de poursuites; il ne pourrait y suppléer en déduisant le montant de ces frais sur les sommes que doit l'acquéreur.]]

2610. *Le créancier ne peut-il recevoir son bordereau qu'autant qu'il affirme la sincérité de sa créance?*

Non, puisque l'art. 771 ne l'exige pas, ainsi que l'a fait l'art. 671, en matière de contribution. (*Voy.*, pour la raison de cette distinction, PIGEAU, liv. 2, p. 5, tit. 4, chap. 1er, § 7.

[[Cette raison est aussi péremptoire que simple. En matière de contribution, il s'agit de paiement de créances pour la plupart chirographaires et par conséquent faciles à simuler ou du moins à post-dater, tandis qu'au contraire les titres de ceux qui viennent à un ordre sont généralement authentiques et méritent plus de confiance. Tel est également l'avis de M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 468.]]

[[**2610** bis. *La délivrance des bordereaux de collocation peut-elle être ordonnée nonobstant l'opposition de l'adjudicataire menacé d'une éviction?*

Nous pensons que, si la menace est sérieuse, s'il y a danger réel, il doit être fait droit à l'opposition. Il faut une garantie à l'adjudicataire, il la trouve dans la rétention du prix, on ne peut la lui refuser; cette disposition est corrélative à celle de l'art. 1653, Cod. civ., d'après laquelle l'acheteur volontaire, qui a juste sujet de craindre une éviction, peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que la cause du trouble ait cessé. Du reste nous approuvons un arrêt de la Cour de Dijon du 8 fév. 1817 (DEVILL., *Collect. nouv.*, 5.2.236; *J. P.*, 3e édit., t. 14, p. 67), d'après lequel la délivrance des bordereaux doit être ordonnée nonobstant l'opposition de l'adjudicataire qui prétend que l'indemnité qui lui est due pour cause d'éviction n'est pas réglée, lorsqu'il est constant en fait, qu'après l'acquit de ces bordereaux, il restera entre ses mains une somme suffisante pour lui assurer son indemnité.]]

2611. *Que résulte-t-il de ce que le bordereau est exécutoire contre l'acquéreur?*

Il en résulte qu'on peut le contraindre au paiement, soit par saisie de ses biens personnels, soit par voie de folle enchère (*V.* PIGEAU, t. 2, p. 146 et 262), soit enfin par saisie de l'immeuble vendu. (*Voy.* un arrêt de la Cour de Bruxelles du 14 juill. 1810, *J. Av.*, t. 20, p. 275.)

[[Tel est incontestablement l'effet principal de l'exécutoire (*V.* notre t. 5, p. 625 et 781, *Quest.* 2398 *ter*, et 2126); il en est d'autres que la jurisprudence a réglés et dont il suffit de donner ici une rapide analyse.

Ainsi, le bordereau de collocation n'étant délivré qu'à la suite d'une procédure qui appelle la discussion sur la nature et la quotité des créances, il est évident que l'exécutoire ne peut être entravé au moyen d'exceptions tardives. Ainsi l'acquéreur alléguerait en vain qu'antérieurement à l'ouverture de l'ordre, il a désintéressé le créancier, ou bien que le paiement qu'il ferait au porteur du bordereau serait infecté de nullité. Par suite, il faut bien décider qu'il n'est pas responsable de cette nullité, et que celui au préjudice de qui le paiement est fait n'a point de recours contre lui : ces divers points ont été résolus dans le même sens par arrêts de Lyon, 4 août 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 154, et *J. P.*, 3e édit., t. 20, p. 779); Poitiers, 26 avril 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 148); Colmar, 22 avril 1836 (*J. Av.*, t. 50, p. 382), et Cassation, 20 mars 1837 (*J. Av.*, t. 52, p. 239); pourvu toutefois que, de la part d'un créancier omis à l'ordre, il n'ait pas reçu d'opposition régulière au paiement.

De ce que le bordereau est exécutoire contre l'acquéreur, il résulte encore, comme l'a jugé la Cour de Paris, le 9 oct. 1812 (*J. Av.*, t. 17, p. 222), que les offres qui ne désintéressent pas intégralement et sans délai le créancier ne peuvent arrêter les poursuites que celui-ci dirigerait contre le détenteur de l'immeuble. On aurait tort de conclure de ces explications que la délivrance du bordereau forme, entre le porteur et l'adjudicataire, une espèce de novation qui ne laisse plus que ce dernier ou les siens pour répondre du paiement de la dette. Il serait injuste que, par cela seul qu'il dispose d'un moyen énergique d'exécution contre lui, le créancier fût privé de droits, d'ailleurs incontestables, envers toutes autres parties. Aussi, en cas d'insolvabilité de l'acquéreur, la Cour de Poitiers, 11 mars 1824 (*J. Av.*, t. 29, p. 5, et *J. P.*, 3ᵉ éd., t. 18, p. 520), a-t-elle permis au porteur du bordereau de recourir contre ceux des créanciers postérieurs qui ont reçu leur paiement d'autres acquéreurs; ainsi encore, en cas d'insuffisance de la partie du prix dû par un adjudicataire, la Cour de Grenoble, 29 janv. 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 38), a-t-elle décidé qu'il pouvait attaquer les autres acquéreurs, et ces décisions nous paraissent reposer sur des principes incontestables.

Enfin, une conséquence bien naturelle de l'exécutoire, c'est que les créanciers hypothécaires n'ont pas besoin, pour conserver leur action contre l'acquéreur de l'immeuble, de renouveler leur inscription périmée, quoiqu'il leur soit permis de le faire, comme l'ont jugé les Cours de Paris, 12 nov. 1836, et de Toulouse, 19 avril 1839 (*J. Av.*, t. 52, p. 376 et t. 57, p. 507), à la différence des créanciers chirographaires, que la délivrance du bordereau n'autorise point à prendre inscription contre l'acquéreur, *V.* Grenoble, 28 mai 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 707 ; DEVILL., 1832.2.95). L'arrêt de Toulouse précité et un arrêt de Bordeaux du 4 juin 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 116) ont même admis que le bordereau de collocation, emportant délégation définitive et irrévocable, produit son effet à l'égard, non-seulement de l'adjudicataire personnellement, mais encore de ceux qui auraient acquis de lui sans renouvellement d'inscription hypothécaire. Mais la doctrine contraire, adoptée par les Cours de Paris, arrêt précité, de Bourges, 21 fév. 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 596), et d'Orléans, 16 nov. 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 306), nous paraît plus conforme aux principes fondamentaux du régime hypothécaire et aux termes de l'art. 771, qui semblent restreindre *à l'acquéreur* les effets de l'exécutoire. Ainsi vis-à-vis de ceux qui ont acheté de celui-ci, le créancier dont l'inscription est périmée jouira uniquement du privilége de premier vendeur.

Par la même raison, le créancier porteur d'un bordereau de collocation non payé ne peut, si l'immeuble sur lequel s'exerce son droit est revendu en justice, et qu'un nouvel ordre s'ouvre sur le prix, demander le paiement immédiat de ce qui lui est dû; il faut qu'il produise à ce second ordre, et en attendant la clôture, c'est ce que l'on peut induire d'un arrêt de Paris du 16 avril 1832 (*J. Av.*, t. 53, p. 549; *J. P.*, 3ᵉ éd., t. 24, p. 967, et DEVILL., 1832.2.493) (1).]]

[[**2611** bis. *La partie saisie peut-elle, en vertu du jugement d'ordre et par voie d'exécution, contraindre l'adjudicataire au paiement de ce qui reste libre du prix de son adjudication, après l'acquittement des créances colloquées?*

Non, le jugement d'ordre n'est pas pour la partie saisie un titre exécutoire

(1) [Nous n'entendons pas, du reste, approuver ici la doctrine de cet arrêt, d'où il semble résulter que la revente sur folle enchère, faute de paiement du prix, anéantit le premier ordre, de même que s'il n'avait jamais existé, doctrine proscrite par la Cour de cassation (Voy. *J. Av.*, t. 23, p. 326). Nous supposons une revente postérieure sur l'adjudicataire, qui met le créancier retardataire en face d'un second acquéreur.]

contre l'adjudicataire. Cependant, si, après le paiement de tous les créanciers colloqués, il reste un excédant de fonds sur le prix de l'immeuble, elle est en droit d'en exiger le paiement de l'adjudicataire par voie d'exécution, mais seulement *en vertu du jugement d'adjudication*, puisque c'est par ce jugement que l'adjudicataire est astreint au paiement de son prix d'achat, et que le paiement de collocation d'ordre n'est qu'un règlement entre les créanciers hypothécaires, dans lequel l'adjudicataire n'est pas intervenu. Ainsi jugé par la Cour supérieure de Bruxelles, le 13 avril 1822 (*J. P.*, 3e édit., t. 17, p. 260).]]

[[**2611** ter. *L'acquéreur est-il valablement libéré quand il a payé le montant de son acquisition à des créanciers munis d'un bordereau de collocation régulier, s'il n'a pas eu égard au rang assigné à chacun d'eux, dans le procès-verbal d'ordre ?*

La question ne présenterait aucune difficulté dans le cas où le prix de l'adjudication serait plus considérable que l'intégralité des créances; mais lorsque ce prix est moindre, que, par conséquent, certains créanciers se trouvent exposés à perdre ce qui leur est dû, on se demande si ces créanciers pourront être ceux que le règlement provisoire a colloqués en rang utile, et l'injustice de cette conséquence est le plus puissant argument de ceux qui soutiennent que l'acquéreur doit, en payant, avoir égard au rang de collocation. Le système contraire, dit-on, tend à faire jouer les créanciers à la course, et à ressusciter les actions de recours et en révocation d'option d'autrefois. D'ailleurs, le règlement provisoire est chose jugée contre l'acquéreur. Le second colloqué ne doit être payé qu'autant que le premier l'a été, et ainsi de suite; c'est donc à l'acquéreur à y veiller, lorsqu'un créancier se présente à lui, ou s'il y a plusieurs acquéreurs, ils doivent s'entendre pour le paiement : sinon, ils ne purgent pas leurs immeubles de l'hypothèque du créancier premier colloqué.

Malgré ces considérations, la doctrine contraire a prévalu dans la jurisprudence : Aix, 19 avril 1825, Poitiers, 11 mars 1824 (*J. Av.*, t. 29, p. 5), et Cass., 28 fév. 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 32, et *J. P.*, 3e éd., t. 21, p. 209). Nous croyons que c'est avec raison.

En effet, la loi déclare tous les bordereaux de collocation, sans distinction de rang, exécutoires contre l'acquéreur.

Dès lors ce dernier ne peut, tant qu'il a encore des fonds libres, refuser le paiement du montant des bordereaux qui lui sont présentés.

Il le peut d'autant moins que les bordereaux, en vertu des art. 759 et 772, ne doivent être délivrés qu'aux créanciers colloqués en rang utile. Enfin il y aurait trop d'inconvénients à permettre à un adjudicataire insolvable ou de mauvaise foi d'examiner les titres de créances, d'exiger des délais et d'arriver indirectement à détruire les effets de l'exécutoire. C'est donc au créancier premier colloqué et qui se présente tardivement à exercer un recours contre celui qui a été payé à son préjudice.

Nous approuvons aussi l'arrêt de la Cour de Poitiers du 26 avril 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 148), qui a jugé que l'adjudicataire qui a payé son prix aux créanciers porteurs de bordereaux est valablement libéré, quand bien même l'ordre serait annulé ultérieurement.]]

2612. *Le bordereau n'est-il exécutoire contre l'acquéreur qu'autant qu'il n'a pas consigné le prix de son acquisition ?*

Sans doute, dit M. TARRIBLE, p. 682, le bordereau est exécutoire contre l'acquéreur, lorsqu'il a gardé le prix dans ses mains; mais s'il l'a consigné avant les contestations, il ne pourrait être exécutoire que contre le dépositaire.

C'est qu'en effet l'acquéreur est autorisé à consigner, soit lorsque le jugement d'adjudication le porte, soit lorsque les créanciers ne se sont pas réglés à l'amiable. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 246 et 247.) Or, il est évident que le bordereau ne peut être exécuté contre lui, puisque la consignation le libère.

[[Cela est sans difficulté; nous avons dit *suprà*, p. 15, *Quest.* 2519 *quater*, que l'acquéreur pouvait consigner.]]

ART. 772. Le créancier colloqué, en donnant quittance du montant de sa collocation, consentira la radiation de son inscription.

Cod. civ., art. 2158. — Cod. proc. civ., art. 759 et 773. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Ordre*, n°s 364, 428 à 432, 455 à 462. — Arm. Dalloz, *cod. verb.*, n°s 586 à 589. — Locré, t. 22, p. 489, n° 103.

QUESTIONS TRAITÉES : Le consentement du créancier est-il nécessaire pour que son inscription puisse être rayée? *Q.* 2612 *bis.* — Si le montant de la collocation devait se diviser entre plusieurs personnes, l'adjudicataire pourrait-il être forcé à recevoir des mainlevées partielles de l'inscription? *Q.* 2612 *ter.* — La quittance et le consentement qu'elle contient doivent-ils être consignés dans un acte authentique? *Q.* 2613.]

[[**2612** bis. *Le consentement du créancier est-il nécessaire pour que son inscription puisse être rayée?*

Cette formalité n'a pas, comme il est aisé de le concevoir, une bien grande importance : la radiation de l'inscription est en effet la conséquence du paiement constaté par la quittance, et il importe peu dès lors que le créancier consente ou non à ce que cette radiation soit effectuée. Aussi M. DELAPORTE, t. 2, p. 348, dern. alin., est-il d'avis que, lors même que la quittance ne contiendrait pas consentement à la radiation, l'inscription n'en devrait par moins être rayée; d'après le même motif, M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 449, 6e alin., décide que le consentement à la radiation peut être donné par celui qui peut recevoir. Ainsi, le tuteur aurait qualité pour donner ce consentement sans formalité de justice et sans autorisation du conseil de famille. Si le créancier colloqué ne voulait recevoir le montant de sa collocation, l'acquéreur serait autorisé à déposer le montant du bordereau à la caisse des consignations. Il devrait assigner ensuite le créancier en mainlevée de son inscription. Les frais de cette procédure retomberaient nécessairement sur le créancier récalcitrant.]]

[[**2612** ter. *Si le montant de la collocation devait se diviser entre plusieurs personnes, l'adjudicataire pourrait-il être forcé à recevoir des mainlevées partielles de l'inscription?*

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 450, 2e alin., se prononce, avec raison, pour la négative. Il est bien vrai que la créance en elle-même est divisible; mais il n'en est pas de même de l'hypothèque. Ne fût-elle affectée qu'à une portion de la créance, elle grèverait l'immeuble tout entier : *est tota in toto, tota in quâlibet parte.* Or, l'adjudicataire ne doit payer qu'à condition que son immeuble sera entièrement libre et dégrevé; jusque-là, il peut refuser de le faire. C'est donc aux ayants droit à s'entendre pour lui rapporter une mainlevée générale de l'inscription qui existe à leur profit; ils pourront demander ensuite leur paiement, chacun dans la proportion de ses droits.]]

2613. *La quittance et le consentement qu'elle contient doivent-ils être consignés dans un acte authentique?*

Celà doit être ainsi, dit M. TARRIBLE, p. 683, pour se raccorder avec l'ar-

ticle 2158 du Code civil, qui ne permet au conservateur de rayer que sur la représentation et le dépôt de l'expédition de l'acte authentique portant consentement. (*Voy.* cependant la question suivante, *in fine.*)

[[C'est aussi notre opinion et celle de MM. MERLIN, *Rép.*, t. 12, p. 314, et BERRIAT SAINT-PRIX, p. 624, not. 41.]]

ART. 773. Au fur et à mesure du paiement des collocations, le conservateur des hypothèques, sur la représentation du bordereau et de la quittance du créancier, déchargera d'office l'inscription jusqu'à concurrence de la somme acquittée.

Cod. proc. civ., art. 759 et 772. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Ordre*, nos 457 et 460. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, no 587.

QUESTIONS TRAITÉES : Qu'est-ce que l'on doit entendre par ces expressions de l'art. 773 : *Déchargera d'office l'inscription*, et par celles-ci de l'art. 774 : *L'inscription d'office sera rayée définitivement? Q.* 2614. — Le mode de libération et de radiation prescrit par l'art. 773 n'est-il applicable qu'autant que l'acquéreur n'a pas consigné ? *Q.* 2615.]

2614. *Qu'est-ce que l'on doit entendre par ces expressions de l'art.* 773, DÉCHARGERA D'OFFICE L'INSCRIPTION, *et par celles-ci de l'art.* 774, L'INSCRIPTION D'OFFICE SERA RAYÉE DÉFINITIVEMENT ?

M. PIGEAU, t. 2, p. 450, et M. LEPAGE, dans son *Traité des Saisies*, t. 2, p. 292, expliquent ces expressions en ce sens qu'elles ne se rapporteraient qu'à l'inscription que le conservateur doit prendre d'office, conformément à l'art. 2108 du Code civil, lors de la transcription du contrat de vente.

Voici, au reste, comment M. Pigeau s'exprime à ce sujet.

« Si l'adjudicataire a fait transcrire son jugement, le conservateur a dû inscrire d'office le saisi au profit de la masse des créanciers, pour le prix de l'adjudication, et toutes les créances résultant de ce jugement; s'il ne l'a pas fait, le poursuivant, ou autre créancier plus diligent, a pu faire transcription, à l'effet d'acquérir inscription. (*Voy.* Code civil, art. 2108.)

« *Au fur et à mesure du paiement de collocation*, le conservateur des hypothèques, sur la représentation du bordereau et de la quittance du créancier, déchargera *l'inscription d'office*, jusqu'à concurrence de la somme acquittée (art. 773), et cette inscription est rayée définitivement, en justifiant, par l'adjudicataire, du paiement de la totalité de son prix, soit aux créanciers utilement colloqués, soit à la partie saisie, et de l'ordonnance du juge-commissaire qui prononce la radiation des créanciers non colloqués.

On voit d'après cette explication, qui est la même que celle que donne M. Lepage avec plus de développements, que les art. 773 et 774 ne concernent que l'inscription d'office faite par le conservateur, conformément à l'art. 2108 du Code civil.

M. TARRIBLE, p. 683, explique ces deux articles d'une manière toute différente; selon lui, l'art. 773 exprime seulement que, par ces mots, *déchargera d'office l'inscription*, toutes les inscriptions des créanciers utilement colloqués seront successivement rayées, et l'art. 774, que les inscriptions des créanciers non utilement colloqués sont rayées aussi d'office, sur la justification du paiement de tous les créanciers colloqués et de l'ordonnance du juge.

Puis ce jurisconsulte ajoute : « Nous avons dit que ces inscriptions étaient aussi *rayées d'office*, pour éviter l'équivoque que pourrait faire naître l'inversion que l'on trouve dans le texte. Il est ainsi conçu : *l'inscription d'office sera rayée définitivement*; on pourrait penser qu'il existe une *inscription d'office* à l'égard des créanciers non utilement colloqués. Il n'en existe aucune : il n'y

a d'autres inscriptions d'office que celles qui sont prises par le conservateur lors de la transcription d'un contrat de vente portant dette de la totalité ou de partie de prix envers le vendeur ; et ce n'est pas de celles-là qu'il est question ici : il faut donc entendre ce passage dans le sens que nous lui avons donné.»

Ce qui pourrait surtout porter à croire que l'opinion de M. Tarrible doit être préférée à celle de MM. Pigeau et Lepage, c'est qu'il est généralement reconnu, comme nous l'avons dit nous-même sur la *Quest.* 2479 [[2403, t. 5, p. 636]], que l'adjudicataire n'est pas tenu, pour purger la propriété, de faire transcrire le jugement d'adjudication.

Mais nous ferons observer qu'il ne suit pas de là que l'adjudicataire, e poursuivant, ou tout autre créancier, ne puisse faire transcrire pour obtenir, comme le dit M. Pigeau, l'inscription d'office dont il s'agit dans l'art. 2108 du Code civil. Ainsi cette objection, contre l'opinion de cet auteur, doit être écartée; il ne faut plus considérer que le texte des art. 773 et 774. Or, il nous semble que le premier parle de la radiation successive de l'inscription de chaque créancier; radiation que le conservateur, sur la représentation de chaque bordereau et de la quittance *authentique* du créancier, opère *d'office*, c'est-à-dire sans qu'il soit besoin d'un acte contenant réquisition à cet effet.

Mais dans l'art. 774, il nous paraît qu'il s'agit de cette inscription prise d'office par le conservateur, conformément à l'art. 2108, dans l'intérêt de la masse des créanciers, si l'adjudicataire ou l'un d'eux a fait transcrire ; inscription qui conserve non-seulement les droits des créanciers colloqués, mais encore les droits de ceux qui ne le sont pas, et qui, conséquemment, ne peut être rayée définitivement que d'après les justifications ordonnées par l'article. Le texte de la loi dicte cette explication, à laquelle nous nous sommes assuré que les conservateurs des hypothèques se conforment, du moins dans le pays que nous habitons.

Il faut remarquer que l'art. 774 n'exigeant autre chose pour la radiation de cette inscription d'office, si ce n'est que l'adjudicataire justifie du paiement de la totalité de son prix et de l'ordonnance du juge-commissaire, il en résulte, 1° que cette radiation doit avoir lieu, encore bien que les inscriptions partielles n'aient pas été rayées; 2° que les inscriptions des créanciers non colloqués doivent être rayées, sans qu'il soit besoin de leur consentement donné par acte authentique, ainsi qu'il est exigé pour les créanciers colloqués. (Voy. *Quest.* 2613, et le *Traité des Saisies* de M. LEPAGE, t. 2, p. 393.)

[[On voit que M. Carré entend l'art. 773 comme MM. Tarrible et Berriat Saint-Prix, et l'article suivant, comme M. Pigeau. On se sent porté à adopter cette explication d'autant plus volontiers que, sans faire violence au texte de la loi, elle arrive cependant au même résultat que l'opinion de M. Tarrible.]]

2615. *Le mode de libération et de radiation prescrit par l'art.* 773 *n'est-il applicable qu'autant que l'acquéreur n'a pas consigné ?*

Oui, sans doute; car si l'adjudicataire a consigné son prix total et fait prononcer la validité de sa consignation par un jugement contradictoire avec tous les intéressés, il doit lui être permis, si déjà il ne l'a obtenu par ce jugement même, ce qui a lieu ordinairement (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 246 et 247, et le *Nouv. Répert.*, au mot *Transcription*, § 7), de demander la radiation de toutes les inscriptions dont son immeuble est grevé. (*Voy.* TARRIBLE, p. 683.)

[[C'est aussi notre avis et celui de MM. BERRIAT SAINT-PRIX, t. 2, p. 625, not. 46, et DALLOZ, t. 10, p. 848, n° 10.

Nous avons déjà vu d'autres effets importants de la consignation sur les *Quest.* 2602, 2612 et 2612 *ter.*]]

ART. 774. L'inscription d'office sera rayée définitivement, en justifiant, par l'adjudicataire, du paiement de la totalité de son prix, soit aux créanciers utilement colloqués, soit à la partie saisie, et de l'ordonnance du juge-commissaire qui prononce la radiation des inscriptions des créanciers non colloqués.

Tarif 137. — Loi du 11 brum. an VII, art. 26. — Cod. civ., art. 2108, 2157 et 2158. — Cod. proc., art. 579, 772 et suiv. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Ordre*, n° 433. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n°s 587 à 592 (1).]

ART. 775. En cas d'aliénation autre que celle par expropriation, l'ordre ne pourra être provoqué s'il n'y a plus de trois créanciers inscrits, et il le sera par le créancier le plus diligent ou l'acquéreur; après l'expiration des trente jours qui suivront les délais prescrits par les art. 2185 et 2194, Cod. civ.

Cod. civ., art. 2101, n° 1, 2293, 2218. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Ordre*, n°s 1 à 11, 25, 31, 35, 44 à 52, 173, 223.— Devilleneuve, *eod. verb.*, n°s 5 et 6. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n°s 68 à 84. — Locré, t. 22, p. 490, n° 104.

QUESTIONS TRAITÉES : Quand l'art. 775 dispose que l'ordre ne pourra être provoqué s'il n'y a plus de trois créanciers inscrits, le législateur entend-il parler seulement de trois inscriptions, en sorte que dans le cas où, par exemple, une inscription aurait été prise dans un intérêt commun, pour une même somme, par plusieurs héritiers, ces héritiers ne doivent compter que pour une personne, et qu'ils ne puissent provoquer l'ordre, en quelque nombre qu'ils soient au-dessus de trois, à moins qu'il ne se trouve avec eux plus de deux autres créanciers inscrits? *Q.* 2615 *bis.* — Un ordre ouvert à la suite d'une aliénation volontaire, alors qu'il y avait plus de trois créanciers inscrits, doit-il suivre son cours, si le nombre de ces créanciers a été réduit par un événement postérieur? *Q.* 2615 *ter.*— La prohibition de provoquer l'ordre, s'il n'y a plus de trois créanciers, peut-elle être appliquée au cas où l'aliénation volontaire aurait été faite après enchère? *Q.* 2616. — Lorsqu'il n'y a que deux créanciers inscrits sur un immeuble vendu, devant le même tribunal, par suite d'adjudication volontaire, avec d'autres situés dans le même arrondissement, ces deux créanciers peuvent-ils obtenir du tribunal un jugement qui ordonne à l'adjudicataire de leur compter de suite, jusqu'à concurrence de leur dû, le montant du prix, ou qui les autorise, si la consignation a été effectuée, à retirer de la caisse la somme nécessaire au paiement de leurs créances? *Q.* 2617. — Devant quel tribunal doit-on se pourvoir pour obtenir le jugement en délaissement de prix, en conformité de la solution ci-dessus, lorsque l'adjudicataire est domicilié dans un autre arrondissement que celui de la situation des biens? *Q.* 2618 (2).]

[[**2615** bis. *Quand l'art.* 775 *dispose que l'ordre ne pourra être provoqué s'il n'y a plus de trois créanciers inscrits, le législateur entend-il parler seulement de trois inscriptions, en sorte que, dans le cas où, par exemple, une inscription aurait été prise dans un intérêt commun, pour une même somme, par plusieurs héritiers, ces héritiers ne doivent compter que pour une personne, et qu'ils ne puissent provoquer l'ordre, en quelque nombre qu'ils soient au-dessus de trois, à moins qu'il ne se trouve avec eux plus de deux autres créanciers inscrits?*

Nous pensons qu'il suffit, pour que l'ordre puisse être provoqué, que quatre

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

La radiation de l'inscription d'office, consentie par les créanciers qui ont reçu leur paiement des mains de l'acquéreur, n'a pas pour effet de priver celui dont les fonds ont servi à ce remboursement de sa subrogation à tous les droits et priviléges des parties désintéressées. Paris, 11 janvier 1816 (DEVILL., *Collect. nouv.*, 5.2.290; *J. P.*, 3e édit., t. 13, p. 216).]

(2) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° L'ordre pour la distribution du prix d'immeubles vendus aux enchères et dépen-

personnes aient hypothèque et soient inscrites. La loi n'exige, en effet, que la réunion de plus de trois créanciers inscrits, sans distinguer si leurs inscriptions sont prises à raison de plusieurs créances ayant des causes différentes, ou des causes et une origine communes.

Cependant s'il n'y avait qu'une seule inscription, prise par un homme qui, à son décès, laisserait quatre enfants, ces quatre enfants seraient bien quatre créanciers inscrits et pourraient, aux termes de l'art. 775, provoquer entre eux un ordre. Mais, en définitive, cet ordre n'en serait un que nominativement, puisque tous les ayant-droits seraient au même rang, comme venant au même titre, et que tout se terminerait forcément entre eux, au moyen d'une distribution par contribution sur le prix de l'immeuble affecté au paiement de leur créance.

Cette question est extraite des cartons de M. Carré. Nous approuvons la solution qu'il avait cru devoir adopter.]]

[[**2615** ter. *Un ordre ouvert, à la suite d'une aliénation volontaire, alors qu'il y avait plus de trois créanciers inscrits, doit-il suivre son cours, si le nombre de ces créanciers a été reduit par un événement postérieur?*

Oui, d'après deux arrêts de la Cour de cassation des 4 juillet 1838 et 5 janv. 1842 (*J. Av.*, t. 57, p. 684, et t. 62, p. 179; DEVILL., 1842.1.625), dont la décision nous paraît parfaitement juste, pourvu qu'on ne veuille pas trop la généraliser, et qu'on admette la restriction posée par la même Cour, le 26 nov. 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 244; *J. P.*, 3ᵉ éd., t. 22, p. 390), pour le cas où le nombre des créanciers inscrits a été réduit à trois ou au-dessous avant que l'instruction ait été mise en état.

Du reste, ces décisions ne contrarient en rien la doctrine admise par la Cour de Grenoble, le 16 juillet 1818 (*J. Av.*, t. 17, p. 158), d'après laquelle l'ordre peut être réglé sans contrevenir à l'art. 775, Cod. proc. civ., lorsqu'il résulte de l'état des inscriptions délivrées par le conservateur qu'il y a plus de trois créanciers inscrits, quoique, par les paiements effectués, ils se trouvent réduits au-dessous de ce nombre, si les inscriptions n'ont pas été rayées.

La même Cour a jugé, le 29 mars 1816 (*J. Av.*, t. 17, p. 303), que, pour fixer le nombre des créanciers exigés par l'art. 775, il fallait compter tous ceux qui ont droit de se faire colloquer dans le procès-verbal d'ordre. Ainsi, par exemple, il faudra compter les créanciers ayant une hypothèque légale qui n'a point été inscrite. Cette décision rentre entièrement dans l'esprit de la loi; elle est trop raisonnable pour pouvoir être sérieusement contestée.

Du reste, la disposition de l'art. 775 n'est pas une prohibition tellement absolue que son inaccomplissement entraîne la nullité de la procédure. Elle est dictée surtout par l'intérêt des parties, par la crainte que, dans l'hypothèse qu'elle prévoit, les inconvénients du système légal de distribution n'en balancent les avantages, d'où la Cour de Toulouse a conclu, avec raison, selon nous : 1°, le 7 décembre 1826 (*J. Av.*, t. 44, p. 221), que les parties seules, du moins après la production des titres, sont en droit de s'élever contre un

---

dant d'une succession bénéficiaire, n'est pas assujetti aux délais fixés par l'art. 775, Cod. proc. civ. Bordeaux, 26 mars 1828 (*Journ.* de cette Cour, t. 3, p. 162).

2° L'ordre ouvert avant l'expiration du délai établi par l'art. 2194, en faveur des créanciers ayant hypothèque légale, ne doit pas être annulé par ce motif, s'il n'y a pas d'hypothèque de cette nature sur les biens du vendeur. Cassation, 27 juin 1832 (*J. Av.*, t. 44, p. 313; DEVILL., 1832.1.774; *J. P.*, 3ᵉ édit, t. 24, p. 1207).]

ordre ouvert entre moins de trois créanciers inscrits; 2°, le 19 avril 1839 (*J. Av.*, t. 57, p. 507), qu'elles ne seraient pas admises à proposer cette nullité après la clôture de l'ordre.]]

2616. *La prohibition de provoquer l'ordre, s'il y a plus de trois créanciers, peut-elle être appliquée au cas où l aliénation volontaire aurait été faite après enchère ?*

Non, dit M. TARRIBLE, p. 683; car s'il y avait eu des enchères, elles auraient entraîné une expropriation forcée, dont les règles sont invariables.

Les auteurs du *Praticien*, t. 4, p. 477, posent en principe (et c'est aussi ce que la loi a entendu) que les art. 774 et 775 s'appliquent à toute aliénation volontaire. Or, disent-ils, l'aliénation est volontaire, soit par suite d'une vente judiciaire consentie par tous les créanciers majeurs, soit autrement.

Nous croyons que cette opinion est plus conforme au texte de la loi que celle de M. Tarrible; car, par ces mots, *en cas d'aliénation autre que celle par expropriation*, il nous semble que l'art. 775 suppose une adjudication faite forcément à la suite des divers actes de la saisie immobilière, et non toute autre adjudication qui est réputée vente volontaire, toutes les fois qu'elle n'est pas la suite *immédiate* et nécessaire de la saisie immobilière. Ainsi, dans notre opinion (*Voy* aussi DEMIAU-CROUZILHAC, p. 471), on appliquerait les art. 775, 776 et 777 aux ventes volontaires faites par contrat, aux licitations, aux ventes judiciaires de biens de mineurs, des interdits, des successions vacantes ou acceptées sous bénéfice d'inventaire, parce que toutes ces ventes sont *autres que celles faites par suite d'expropriation* (1).

[[Cette opinion, que nous partageons, a été consacrée par la Cour de Grenoble, le 31 juillet 1816 (*J. Av.*, t. 17, p. 311; DEVILL., *Collect. nouv.*, 5.2.179; *J. P.*, 3e éd., t. 13, p. 574); nous ferons toutefois remarquer, avec un arrêt d'Angers, du 4 janvier 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 40), que, lorsqu'à la poursuite en expropriation forcée, les parties substituent d'un commun accord, dans les cas prévus par l'art. 743, la procédure tracée par cette dernière disposition et les suivantes, comme la vente qui intervient n'est pas *volontaire*, mais bien judiciaire, ainsi que nous l'avons dit, t. 5, p. 813, *Quest.* 2436, ce n'est pas le cas d'appliquer à la distribution qui en est la suite la prohibition de l'art. 775, lors même qu'il n'y aurait pas plus de trois créanciers inscrits.]]

2617. *Lorsqu'il n'y a que deux créanciers inscrits sur un immeuble vendu, devant le même tribunal, par suite d'adjudication volontaire, avec d'autres situés dans le même arrondissement, ces deux créanciers peuvent-ils obtenir du tribunal un jugement qui ordonne à l'adjudicataire de leur compter de suite, jusqu'à concurrence de leur dû, le montant du prix, ou qui les autorise, si la consignation a été effectuée, à retirer de la caisse la somme nécessaire au paiement de leurs créances ?*

Cette question se rattache essentiellement à celle que nous avons résolue sur l'art. 750 (Voy. *suprà*, p. 12, n° 2547); car, en d'autres termes, elle offre à dé-

(1) Au reste, la section du Tribunat s'en est expliquée formellement, en disant que l'art. 775 s'appliquait à toutes ventes faites par autorité de justice, autrement que par expropriation forcée, et que toutes ces ventes sont volontaires et doivent être soumises aux mêmes formalités et aux mêmes chances que les autres ventes volontaires. C'est aussi, dit, M. LOCRÉ, *Esprit du Code de procédure*, t. 3, p. 366, le système de l'article du Code. (Voy. *infrà*, sur l'art. 965.)

cider si les deux créanciers dont il s'agit doivent attendre, pour toucher ce qui leur revient sur le prix de l'immeuble affecté à leur créance, que l'ordre soit ouvert et réglé entre les différents créanciers ayant hypothèque sur les autres biens compris dans la même adjudication, mais vendus séparément.

De ce que nous avons dit, n° 2547, qu'il ne pouvait y avoir lieu, dans cette circonstance, à joindre les différents ordres, il s'ensuit, par une conséquence nécessaire, que les créanciers restent dans le cas de la faveur que leur accorde l'art. 775, et par suite ils sont bien fondés, soit à provoquer le dessaisissement du prix de l'immeuble entre leurs mains, soit à obtenir l'autorisation nécessaire pour en retirer le montant de la caisse des consignations.

En effet, comme le disait la section du Tribunat, dans ses observations préliminaires sur le titre de l'ordre (*Voy.* Locré, *Esprit du Code de procédure*, t. 3, p. 326), *l'adjudicataire doit toujours se tenir prêt à payer.... Si, au moment de l'adjudication, l'ordre des créances était réglé, il serait obligé de payer sur-le-champ les créanciers en ordre utile.*

Donc, lorsqu'il n'y a pas d'ordre à régler, comme dans l'espèce de l'art. 775, il n'y a aucune raison pour que l'adjudicataire soit dispensé de satisfaire à la demande en paiement des créanciers, ou pour qu'on refuse de les autoriser à retirer les fonds consignés soit en totalité, soit en partie, suivant les circonstances.

Bien plus, alors même que prévaudrait l'opinion contraire à celle que nous avons émise, n° 2547, et que l'on admît la jonction des ordres, il nous semble incontestable que le cas prévu par l'art. 775 ferait exception. Nous le répétons, il serait d'une injustice révoltante que, sans aucune utilité pour les créanciers inscrits sur les autres immeubles, on privât deux créanciers, seuls inscrits sur un des immeubles compris dans la même adjudication, du droit qu'ils ont acquis, d'après l'art. 775, d'être dispensés des formalités de l'ordre, s'il ne survenait pas d'autres inscriptions.

Soutenir le contraire, ce serait tomber dans l'absurde, car une jonction d'ordres suppose nécessairement que tous les créanciers sont assujettis à ce réglement. Or, dans l'espèce de l'art. 775, les deux créanciers en sont formellement dispensés.

[[Ces principes sont incontestables, et admis comme tels par M. Dalloz, t. 10, p. 808, n° 3.]]

2618. *Devant quel tribunal doit-on se pourvoir pour obtenir le jugement en délaissement du prix, en conformité de la solution ci-dessus, lorsque l'adjudicataire est domicilié dans un autre arrondissement que celui de la situation des biens?*

La décision dépend du caractère que l'on doit assigner à l'action dont il s'agit. Or, il a été décidé, par arrêt de la Cour de cassation du 15 mars 1808 (*J. Av.*, t. 2, p. 369 ; *S.*, 8.1.353), que l'action hypothécaire contre le tiers détenteur, à l'effet de représenter le prix de l'immeuble, est purement mobilière : c'est donc devant le juge du domicile de l'adjudicataire qu'il faut se pourvoir, puisque toute action mobilière admet, quant à la compétence, les mêmes principes que l'action personnelle.

[[Cette solution nous paraît évidente.]]

Art. 776. L'ordre sera introduit et réglé dans les formes prescrites par le présent titre.

Voy. les art. 750 et suiv., jusqu'au précédent. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Ordre*, n° 89. — Locré, t. 22, p. 491, n° 105.

Question traitée : Lorsqu'en conformité d'un ordre dressé à l'amiable entre le vendeur et les créan-

ciers inscrits, l'acquéreur a payé son prix, s'il arrive que d'autres créanciers qui ont été omis dans l'ordre, et qui devaient primer les créanciers colloqués, réclament de l'acquéreur le paiement de leur créance, celui-ci a-t-il une action en répétition contre ceux qui ont été indûment colloqués? *Q.* 2618 *bis* (1).]

[[**2618** bis. *Lorsqu'en conformité d'un ordre dressé à l'amiable entre le vendeur et les créanciers inscrits, l'acquéreur a payé son prix, s'il arrive que d'autres créanciers qui ont été omis dans l'ordre, et qui devaient primer les créanciers colloqués, réclament de l'acquéreur le paiement de leur créance, celui-ci a-t-il une action en répétition contre ceux qui ont été indûment colloqués?*

Nous ne doutons pas que cette action ne lui appartienne, lors même que, par suite du paiement qu'ils ont reçu, ces créanciers ont remis leurs titres, et consenti la radiation de leurs inscriptions. C'est aussi ce qu'ont admis deux arrêts de la Cour de cassation des 9 nov. 1812 et 31 janv. 1815 (*J. Av.*, t. 17, p. 225, et *J. P.*, 3e édit., t. 10, p. 788, et t. 12, p. 569), dont la jurisprudence doit être suivie, et dont voici les motifs :

« 1° Suivant la première partie de l'art. 1377, Cod. civ., la personne qui a payé une dette dont, par erreur, elle se croyait débitrice, a le droit de répétition contre le créancier;

« 2° D'après l'art. 1383 du même Code, chacun est responsable des dommages qu'il a causés par son fait; et, conformément aux art. 749 et 776, Cod. proc. civ., c'est au vendeur et aux créanciers à se régler entre eux sur la distribution du prix, sans l'intervention de l'acquéreur; il suit de là que, s'il intervient des erreurs dans ce règlement et dans le paiement du prix fait en conséquence, c'est au vendeur et aux créanciers, qui en sont la cause, et qui en ont seuls profité, à en garantir et supporter les suites, et non à l'acquéreur, qui, n'étant point appelé à la confection de l'ordre, et ne payant que sur la foi promise de son exactitude, et dans l'unique vue de se libérer légalement, ne peut en répondre ni être tenu de payer au delà du prix de son acquisition. »]]

ART. 777. L'acquéreur sera employé par préférence pour le coût de l'extrait des inscriptions et dénonciations aux créanciers inscrits.

Cod. civ., art. 2101, n° 1. — Cod. de proc., art. 759. 768.— [Notre Dict. gén. de proc., v° *Ordre*, n°s 468 à 471.

QUESTIONS TRAITÉES : Le surenchérisseur devenu adjudicataire a-t-il le droit d'être employé par préférence, pour les frais de notification par lui remboursés à l'acquéreur dépossédé? *Q.* 2618 *ter*. — L'adjudicataire qui, après avoir rempli toutes les charges de l'adjudication, obtient une réduction sur son prix à cause de la fausse indication d'état et de contenance donnée, dans l'affiche annonçant la vente, aux objets vendus, est il fondé à déduire, par privilége sur son prix, le montant des frais par lui faits pour obtenir la réduction et l'excédant des droits par lui payés? *Q.* 2618 *quater* — Lorsque, aux termes d'un contrat de vente, le vendeur est tenu de payer les honoraires du notaire et les frais d'enregistrement et de transcription, l'acquéreur, qui en a fait l'avance, peut il les retenir sur son prix, au préjudice des créanciers, en se faisant colloquer à cet effet dans l'ordre? *Q.* 2618 *quinquies*.]

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

Lorsqu'il existe des erreurs dans la distribution du prix d'une aliénation volontaire, ce n'est point le cas d'annuler l'ordre et de renvoyer les parties devant commissaire, pour procéder à une nouvelle distribution, mais le tribunal saisi de la contestation doit lui-même rectifier ces erreurs, s'il en existe. Besançon, 29 mars 1816 (*J. Av.*, t. 17, p. 303; *J. P.*, 3e éd., t. 13, p. 363).]

[[**2618** ter. *Le surenchérisseur devenu adjudicataire a-t-il le droit d'être employé par préférence pour les frais de notification par lui remboursés à l'acquéreur dépossédé?*

Non ; si l'art. 777 porte que l'acquéreur sera employé par préférence pour le coût de l'extrait des inscriptions et dénonciations aux créanciers incrits, c'est par le motif que l'acquéreur ne doit que le prix de son contrat et nullement les frais par lui faits dans l'intérêt des créanciers. Cet article ne peut, dès lors, être appliqué au surenchérisseur. L'art. 2188, Cod. civ., est spécial pour le cas de la surenchère, il assujettit l'adjudicataire à restituer à l'acquéreur le coût de l'extrait des inscriptions et les frais de notifications. Par suite de cette obligation, le surenchérisseur prend en considération les sommes qu'il est tenu de rembourser; ce qui n'empêche pas que les créanciers ne supportent toujours indirectement les frais à sa charge, puisqu'il est présumé acquérir à un moindre prix, à raison de cette obligation de remboursement ; seulement, les créanciers en sont indemnisés au moyen de l'augmentation du prix par les surenchères. Telle est la solution qui nous paraît devoir être donnée sur cette question. Dans le système contraire, l'adjudicataire ne payerait pas les frais de notification au delà du prix de son adjudication, ce qui serait en opposition formelle, comme le fait très bien remarquer un arrêt de la Cour de Rouen du 10 fév. 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 268, et *J. P.*, 3ᵉ édit., t. 21, p. 151), avec les dispositions de l'article 2188, Cod. civil.]]

[[**2618** quater. *L'adjudicataire qui, après avoir rempli toutes les charges de l'adjudication, obtient une réduction sur son prix à cause de la fausse indication d'état et de contenance donnée dans l'affiche, annonçant la vente, aux objets vendus, est-il fondé à déduire, par privilége sur son prix, le montant des frais par lui faits pour obtenir la réduction et l'excédant des droits par lui payés?*

La Cour d'appel de Paris, 6 fév. 1810 (*J. Av.*, t. 17, p. 168, et *J. P.*, 3ᵉ éd., t. 8, p. 81), lui a reconnu ce droit : « Attendu que les sommes payées de trop à l'enregistrement, au bureau des hypothèques et au greffe, ainsi que les frais de mutation sont des frais extraordinaires et privilégiés. » Nous pensons que sa décision doit être suivie.

Pareillement, l'acquéreur qui n'a pas réclamé dans l'ordre le coût de l'extrait des inscriptions et des dénonciations aux créanciers inscrits a le droit de le retenir sur son prix, suivant un arrêt de la même Cour, en date du 14 mess. an XII (*J. Av.*, t. 17, p. 211). Du reste il doit, à raison de ce, être toujours colloqué par privilége sur son prix, même avant le vendeur ou les créanciers désignés; autre arrêt de la même Cour de Paris, du 13 janv. 1814 (*J. Av.*, t. 17, p. 262, et *J. P.*, 3ᵉ éd., t. 12, p. 32).]]

[[**2618** quinquies. *Lorsque, aux termes d'un contrat de vente, le vendeur est tenu de payer les honoraires du notaire et les frais d'enregistrement et de transcription, l'acquéreur qui en a fait l'avance peut-il les retenir sur son prix, au préjudice des créanciers, en se faisant colloquer à cet effet dans l'ordre* (1)?

Par arrêt du 24 août 1816 (*J. Av.*, t. 17, p. 313, et *J. P.*, 3ᵉ édit., t. 13,

---

(1) [*Voy.* notre *Quest.* 2549 *quater*, sur la consignation, sous l'art. 750.]

p. 610), la Cour de Paris lui a refusé ce droit : « Attendu qu'en principe, d'après les dispositions de l'art. 1593, Cod. civ., les frais des actes et autres accessoires de la vente sont à la charge de l'acheteur; que, néanmoins, s'il est libre aux parties de stipuler le contraire, le défaut d'exécution de la convention à cet égard ne donne lieu qu'à une action personnelle contre le vendeur qui a contracté l'engagement de payer les frais du contrat de vente, et que cette action ne donne ouverture à aucun privilége en faveur de l'acquéreur. » Si les frais dont l'acquéreur réclamait la collocation par préférence eussent été privilégiés de leur nature, la Cour lui eût certainement permis de les retenir sur son prix, comme elle le fit dans une autre circonstance (*Voy.*, sous la question précédente, l'arrêt du 14 mess. an XII), mais, évidemment, il ne s'agissait ici que d'une créance ordinaire, et il n'y avait aucun motif pour qu'elle primât les créanciers inscrits.]]

ART. 778. Tout créancier pourra prendre inscription pour conserver les droits de son débiteur, mais le montant de la collocation du débiteur sera distribué, comme chose mobilière, entre tous les créanciers inscrits ou opposants avant la clôture de l'ordre.

Cod. civ., art. 1166, 2193 et suiv.— [Arm. Dalloz, v° *Ordre*, nos 597 à 605.—Locré, t. 22, p. 242 et 492, n° 106.

QUESTIONS TRAITÉES : Tout créancier d'un créancier colloqué dans l'ordre est-il admis, quel que soit son titre, à s'inscrire pour participer à la distribution du montant de la collocation de celui-ci ? *Q.* 2619.— La disposition de l'art. 778 : *le montant de la collocation du débiteur se distribue par contribution entre les créanciers*, s'applique-t-elle aux créanciers de la femme mariée, subrogés par elle à ses droits et hypothèque légale ? *Q.* 2619 *bis* (1).]

DXIV. L'art. 1166, Cod. civ., autorise les créanciers à exercer les droits et actions de leur débiteur.

Par une conséquence naturelle de cette disposition, tout créancier d'une personne, qui elle-même est créancière d'un tiers, a droit de veiller à la conservation de la créance de son débiteur contre ce tiers, et, par conséquent, de prendre, à cet effet, inscription sur les biens de ce dernier, affectés par hypothèque à cette créance ; ce droit est consacré par la première disposition de l'art. 778.

L'inscription ainsi prise par un créancier du créancier du débiteur saisi, le premier peut intervenir dans le procès-verbal d'ordre, demander que la créance de son débiteur y soit colloquée, et que cette collocation tourne au profit de lui, créancier; qu'en conséquence, le bordereau soit délivré en son nom, comme exerçant les actions de son débiteur.

Mais plusieurs créanciers auraient pu prendre inscription ; d'autres, qui n'en auraient pas pris, pourraient se rendre opposants à la remise du bordereau, afin d'être payés en tout ou en partie sur le montant de la collocation faite au profit de leur débiteur. Il était indispensable de déterminer comment ce montant serait distribué entre eux. L'art. 778 dispose qu'il sera distribué comme *chose mobilière* ; et, conséquemment, comme il est dit au titre de la Distribution par contribution. (*V.* t. 4, p. 835.) Disposition remarquable, en ce qu'elle a fait cesser la diversité de la jurisprudence dans les tribunaux, dont plusieurs,

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

Le juge commis pour procéder à l'ordre ouvert sur un prix d'immeubles ne peut, en même temps, distribuer entre les créanciers chirographaires produisants les deniers qui restent libres après l'entier paiement des créanciers privilégiés ou hypothécaires. Lyon, 17 août 1841 (*J. Av.*, t. 62, p. 59; DEVILL., 1842.2.114.)]

parce qu'il s'agissait du prix de la vente d'un immeuble, jugeaient que la distribution *en sous-ordre* devait se faire selon le rang des hypothèques, de même qu'entre les créanciers inscrits directement sur la partie saisie.

2619. *Tout créancier d'un créancier colloqué dans l'ordre est-il admis, quel que soit son titre, à s'inscrire pour participer à la distribution du montant de la collocation de celui-ci?*

Il résulte de ces termes de l'art. 778, *tout créancier*, que le titre de créance est indifférent ; qu'il soit authentique ou privé, qu'il dérive d'un contrat, d'un jugement, d'une donation ou de toute autre cause, tout créancier peut user de la faculté que lui donne l'art. 778 et de l'avantage qu'il attache à l'exercice de cette faculté. Ainsi, le créancier en sous-ordre qui veut prendre inscription n'a rien à joindre à son bordereau pour justifier de sa qualité.

[[Cela ne nous paraît pas susceptible de difficulté. Tel est aussi l'avis de M. Dalloz, t. 10, p. 853, n° 3.]]

[[**2619** bis. *La disposition de l'art. 778, d'après laquelle le montant de la collocation du débiteur se distribue par contribution entre les créanciers, s'applique-t-elle aux créanciers de la femme mariée, subrogés par elle à ses droits et hypothèque légale?*

Les Cours de Paris, 15 mai 1818 et 12 déc. 1817, et d'Angers, 19 juin 1823 (*J. Av.*, t. 17, p. 306, et t. 25, p. 220; *J. P.*, 3e édit., t. 13, p. 436; t. 14, p. 533, et t. 17, p. 1197, et *S.*, 18.2.150), ont décidé qu'il y avait dans ce cas dérogation à la disposition de l'art. 778, et que les créanciers de la femme devaient être colloqués d'après la date de leur subrogation à son droit et non par voie de concours, comme en matière de distribution. Cette doctrine est fondé sur des principes de droit civil, qu'il suffit de rappeler ici : de ce que la femme est en droit de renoncer à son hypothèque légale en faveur d'un tiers envers qui elle a contracté des engagements, il suit que la subrogation met ce dernier en son lieu et place, et qu'elle se trouve dès lors dans l'impossibilité de céder postérieurement les mêmes droits à de nouveaux créanciers; ceux-ci ne viennent par conséquent qu'à la suite du premier et dans l'ordre établi par leurs titres. Le droit qui résulte de l'art. 1166 ne peut pas produire le même effet.]]

Art. 779. En cas de retard ou de négligence dans la poursuite d'ordre, la subrogation pourra être demandée. La demande en sera formée par requête insérée au procès-verbal d'ordre, communiquée au poursuivant par acte d'avoué, jugée sommairement en la chambre du conseil, sur le rapport du juge-commissaire.

Tarif, 138. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 260 et suiv., nos 91 à 99.] — Cod. proc. civ., art. 721 à 7-4, 734, 750. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Ordre*, nos 20 à 22. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 101 à 104. — Locré, t. 22, p. 243 et 492, n° 107.

Questions traitées : Que doit ordonner le jugement qui prononce la subrogation? *Q.* 2620. — Un créancier en sous-ordre peut-il demander la subrogation? *Q.* 2621. — En matière d'ordre, la subrogation aux poursuites peut-elle être faite par un simple dire au procès-verbal? *Q.* 2621 *bis.* — Lorsqu'il y a lieu à se faire subroger à la poursuite d'ordre, l'ouverture d'un nouvel ordre peut-il équivaloir à la subrogation? *Q.* 2621 *ter* (1).]

---

(1) **Jurisprudence.**

[Nous pensons que :

La procédure est régularisée par la subrogation aux poursuites prononcée au profit d'un créancier habile, postérieurement à la demande d'ordre poursuivie par un individu sans qualité. Toulouse, 3 juillet 1840 (*J. Av.* t. 59, p. 584).]

2620. *Que doit ordonner le jugement qui prononce la subrogation?*

Il doit [[évidemment]] ordonner que le poursuivant l'ordre remettra les pièces de la poursuite au subrogé, et que le premier sera employé dans l'état de distribution pour les frais de poursuites faits jusqu'alors. (*V.* PIGEAU, t. 2, p. 190 et 154, n° 4.)

2621. *Un créancier en sous-ordre peut-il demander la subrogation?*

La négative a été jugée, sous l'empire de la loi du 11 brum. an VII, par arrêt de la Cour de cassation du 10 pluv. an XII (*J. Av.*, t. 17, p. 273), cité sur la *Quest.* 2137.

Mais cette décision, disent les auteurs du *Praticien*, t. 4, p. 476, paraît en opposition, 1° avec l'art. 1166 du Code civil, qui permet au créancier d'exercer tous les droits de son débiteur, et par conséquent de continuer des poursuites mal à propos abandonnées par ce dernier; 2° avec l'art. 778, qui permet également à chaque créancier de conserver les droits de son débiteur.

D'après les observations que nous avons faites sur la *Quest.* 2136, nous partageons l'opinion des auteurs du *Praticien*, et nous croyons pouvoir résoudre affirmativement la question que nous venons de poser.

[[C'est également notre avis; voy. *suprà*, p. 14, notre *Quest.* 2549 *bis*, relative aux créanciers chirographaires.]]

[[**2621** bis. *En matière d'ordre, la subrogation aux poursuites peut-elle être faite par un simple dire au procès-verbal?*

On a soutenu qu'il fallait distinguer entre le cas où la subrogation n'était pas contestée et le cas où elle était demandée malgré l'opposition du poursuivant. Dans ce dernier cas, a-t-on dit, il faut nécessairement recourir aux formalités prescrites par l'art. 779; mais il n'en est pas de même dans la première hypothèse, car alors toute procédure serait frustratoire. A quoi bon, en effet, une requête, une signification, un jugement, quand les intéressés sont d'accord, quand il n'y a ni contestations, ni difficultés? Il est évident que toute cette procédure est inutile et sans objet.

A cela l'on répond que la distinction proposée ne repose sur aucun texte et est repoussée, au contraire, par la disposition de l'art. 779. Cet article est fondé sur ce principe, que le poursuivant l'ordre remplit, dans l'intérêt de tous les créanciers, un mandat que la justice lui a donné et que, par conséquent, la justice peut seule révoquer ou substituer. Ce principe reçoit-il une exception? Nullement; la loi n'a fait aucune distinction entre la subrogation *consentie* et la subrogation *contestée*. Le législateur a disposé pour le cas d'un consentement ou d'un laisser-faire aussi bien que pour le cas d'une opposition à la subrogation; dans l'un comme dans l'autre cas, il a voulu qu'il intervînt un jugement.

On peut encore, à l'appui de cette dernière opinion, citer un arrêt de Cassation du 22 déc. 1834 (*J. Av.*, t. 48, p. 219); mais il faut remarquer que l'espèce jugée présentait des indices de fraude qui ont pû déterminer la Cour suprême; hors de ce cas, il nous paraîtrait plus que rigoureux d'annuler tous les actes faits par le créancier subrogé, par cela seul que toutes les formes indiquées par l'art. 779 n'auraient pas été remplies et qu'on aurait constaté sa subrogation par un simple dire au procès-verbal, sans opposition, d'ailleurs, de la part du poursuivant. L'objection prise de ce que ce dernier remplit, dans l'intérêt de tous les créanciers, un mandat qui ne peut être révoqué que par jus-

tice, ne nous paraît pas bien déterminante. L'art. 779 n'exige même pas qu'il soit appelé dans l'instance en subrogation. L'intérêt même des créanciers est que la poursuite ne soit pas discontinuée, mais qu'elle marche au contraire avec toute la célérité possible; nous ne pouvons donc admettre le système contraire, surtout à raison des conséquences si graves qu'il entraîne. Toutefois, en présence de l'arrêt de Cassation précité, il faut convenir que la prudence exige du créancier subrogé qu'il remplisse toutes les formalités indiquées par l'art. 779, que le poursuivant s'oppose ou non à sa subrogation.]]

[[**2621** ter. *Lorsqu'il y a lieu à se faire subroger à la poursuite d'ordre, l'ouverture d'un nouvel ordre peut-il équivaloir à la subrogation?*

En indiquant la forme qu'on doit suivre, l'art. 779 n'attache pas à son inobservation la peine de nullité; les équivalents peuvent dès lors être admis, suivant un arrêt de la Cour royale de Bourges du 8 août 1827 (*J. Av.*, t. 36, p. 79; *J. P.*, 3e éd., t. 21, p. 718), et, de tous, le plus inattaquable est sans contredit l'ouverture d'un nouvel ordre. Il est vrai que ce mode donne lieu à des frais réitérés qu'on aurait évités par une demande en subrogation pure et simple; aussi ces frais seront rejetés de la taxe comme frustratoires, et devront rester à la charge de celui qui les aura inutilement exposés.]]

DISTINCTION TROISIÈME.

De l'Exécution forcée sur la personne du débiteur.

Nous avons dit, t. 2, p. 316, que les jugements et actes étaient exécutoires sur la personne même du débiteur par la voie de *l'emprisonnement*, lorsqu'un jugement avait prononcé contre lui la contrainte par corps. Le titre 15 contient les règles et les formalités relatives à cette voie d'exécution forcée.

TITRE XV.

De l'Emprisonnement (1).

La contrainte par corps est le droit qu'a un créancier pour certaines créances, soit de faire arrêter son débiteur et de le constituer prisonnier jusqu'à l'entier paiement de la dette, soit de prolonger son emprisonnement, s'il était déjà détenu (2).

On ne peut, comme nous l'avons dit sur la *Quest.* 1584, exercer ce droit rigoureux qu'en vertu de jugements qui l'accordent d'une manière expresse, et ces jugements ne peuvent être rendus que dans les cas et contre les personnes qu'indiquent les art. 2059 et 2071, Cod. civ., et 126, Cod. proc. civ., sans préjudice toutefois des dispositions des lois commerciales, et notamment de celle du 15 germ. an VI, qui indique le plus grand nombre de cas dans lesquels la contrainte peut être ordonnée.

Des dispositions aussi rigoureuses que celles qui privent un citoyen de sa li-

(1) *Voy.* les art. 126 et 127, 552.556, Cod. de comm., liv. 3, tit. 16, et les lois des 15 nov. et 4 flor. an VI, 20 sept. 1807 [et 17 avril 1832.]

(2) C'est dans ce dernier cas que l'exercice de la contrainte prend le nom de *recommandation* (792 et 793).

berté, et qui l'en privent pour un temps pour ainsi dire indéterminé, devaient avoir de nombreux contradicteurs; aussi la législa tion française a-t-elle souvent varié en cette matière (1). On a demandé s'il était bien reconnu que les effets de la contrainte par corps pussent atteindre, au moins pour l'ordinaire, le but de la loi, qui est le paiement de la dette, lorsque, le plus souvent, cette contrainte ne frappe que sur des insolvables, auxquels l'emprisonnement enlève tout moyen de réparer le désordre de leurs affaires. Mais de hautes considérations d'intérêt public l'ont emporté, et l'exécution des jugements et actes sur la personne a été maintenue, pour inspirer une crainte salutaire, prévenir des spéculations hasardées, et concourir au bien du commerce et de l'agriculture.

Toutes les dispositions du Code de procédure relatives à cette matière, concernent les formalités de l'arrestation et de l'incarcération, les demandes en nullité, et l'élargissement du débiteur légalement incarcéré.

L'emprisonnement n'étant que l'application de la contrainte par corps, il convient de rapprocher des dispositions du présent titre, concernant le mode d'exécuter, celles de nos différents Codes qui ont précisé les différents cas où la contrainte peut être prononcée ; et, sur ce point, nous distinguons, 1° le cas où les juges sont rigoureusement obligés de prononcer la contrainte ; 2° celui où ils en ont la faculté.

Et d'abord, la contrainte par corps est *de droit*, en vertu de la disposition de la loi : les juges sont conséquemment obligés de la prononcer dans les cas suivants :

1° Pour fait de *stellionat*, c'est-à-dire, *lorsqu'on vend ou qu'on hypothèque un immeuble dont on sait n'être pas propriétaire; lorsqu'on présente comme libres des biens hypothéqués, ou que l'on déclare des hypothèques moindres que celles dont ces mêmes biens sont grevés.* (Art. 2059, Cod. civ.)

2° Pour *dépôt nécessaire*, c'est-à-dire un dépôt *qu'on a été forcé de faire par quelque accident, tel qu'un incendie, un pillage, un naufrage et d'autres événements imprévus.* (Art. 1949 et 2060 ; *Ibid.*, n° 1.)

3° En cas de réintégrande, pour le délaissement ordonné par justice d'un

(1) Cette privation de la liberté pour dettes fut substituée par la loi *ob æs alienum*, au Code, *de obligationibus*, au droit barbare de se rendre maître du débiteur, pour le vendre après soixante jours de captivité. Parmi nous, elle fut longtemps autorisée pour toutes espèces de dettes. L'ordonnance de Moulins, art. 48, donna quatre mois de délai au débiteur pour se libérer, et permit, à l'expiration, *d'appréhender au corps* le débiteur, et de le tenir prisonnier jusqu'à *la cession* ou *abandonnement* de ses biens; disposition qui fut abrogée par l'ordonnance de 1667, laquelle laissa néanmoins subsister la contrainte pour un grand nombre d'affaires purement civiles.

Nous étions sous l'empire de cette loi, lorsque celle du 19 mars 1793 prononça l'abolition entière de la contrainte pour dettes civiles, et ordonna l'élargissement des débiteurs détenus.

Dès le 30 du même mois, on fit contre les comptables de deniers publics une exception que confirme une loi du 28 pluv. an III; mais la contrainte fut rétablie par la loi du 24 vent. an V. Cette loi ordonna que les obligations qui seraient contractées à l'avenir, et pour le défaut d'acquittement desquelles les lois anciennes prononçaient la contrainte, y fussent assujetties comme par le passé.

Depuis ces variations, deux autres lois, des 15 germ. et 4 flor. an V, ont précisé les cas où la contrainte par corps pourrait être exercée. Des efforts pour donner à ce rétablissement de la contrainte un effet rétroactif amenèrent le décret d'ordre du jour du 11 therm. an V; et, comme la loi du 15 germinal prononçait l'abrogation de tous règlements, lois et ordonnances précédemment rendus, cette loi et celle du 4 floréal, qui en est le complément, formaient la législation de la matière, lorsque le Code civil, conservant leurs dispositions pour les dettes de commerce, a introduit des dispositions nouvelles pour celles qui sont purement civiles; dispositions dont le mode d'exécution est réglé par le Code de procédure civile.

fonds dont le propriétaire a été dépouillé *par voie de fait;* pour la restitution des fruits qui ont été perçus pendant l'indue occupation, et pour le paiement des dommages et intérêts adjugés au propriétaire. (*Ibid.*, art. 2060, n° 2.)

4° Pour répétition de deniers consignés entre les mains de personnes publiques établies à cet effet. (*Ibid.*, n° 3, *V.* les art. 3, 5, 7, de la loi du 23 niv. an XIII, sur l'organisation de la caisse d'amortissement.)

5° Pour la représentation des choses déposées au séquestre, commissaires et autres gardiens. (*Ibid.*, n° 4, *V.* les sect. 1, 2, 3, chap. 3, tit. 11, liv. 3, art. 955 et suiv. du même Code, et l'art. 824, Cod. proc. civ.)

6° Contre les cautions judiciaires et contre les cautions des contraignables par corps, lorsqu'elles se sont soumises à cette contrainte. (*Ibid.*, n° 5, l'article 2040, *ibid.*, et les art. 17, 135, 166, 167, 417, 423, 440, 517 et suiv., et 832 du présent Code.)

7° Contre tous officiers publics, pour la représentation de leurs minutes, quand elle est ordonnée. (*Ibid.*, n° 6, *V.* les art. 201, 221, 839 et 840 du présent Code.)

8° Contre les notaires, les avoués et les huissiers, pour la restitution des titres à eux confiés, et des deniers par eux reçus pour leurs clients, par suite de leurs fonctions. (*Ibid.*, n° 7, *V.* l'art. 2276, *ibid.*, quant à la décharge présumée des pièces et titres.)

9° Pour le paiement des fermages des biens ruraux, lorsque le fermier s'est soumis à cette contrainte par bail, comme le permet l'art. 2061, *ibid.*

10° Pour le paiement de la surenchère sur aliénation volontaire et pour celui de la folle enchère, à la suite d'une adjudication. (Art. 712 et 744.)

Elle est également de droit, en matière de commerce, dans tous les cas déterminés par la loi du 15 germ. an VI, entre toutes personnes, pour faits de lettres de change, et entre négociants, traficants, banquiers, etc., pour toutes dettes et affaires de commerce y exprimées et plus amplement décrites dans le nouveau Code de commerce.

En second lieu, la contrainte par corps n'est que facultative et à la disposition des tribunaux dans les cas suivants :

1° Pour contraindre un individu à désemparer un fonds au délaissement duquel il a été condamné au *pétitoire*, lorsqu'il n'a pas satisfait au jugement dans la quinzaine de la signification; ce qui présente une hypothèse différente du délaissement ordonné *au possessoire* à la suite d'une usurpation par voie de fait; aussi la contrainte ne peut-elle être prononcée avec le jugement du pétitoire, mais seulement après le délai fixé pour le délaissement, et par un jugement particulier. (Art. 2061.)

2° Dans les divers cas déterminés par l'art. 126, Cod. proc. civ.

3° Contre les colons partiaires et les fermiers, pour la représentation, à la fin du bail, du cheptel de bétail, des semences et des instruments aratoires qui leur ont été confiés, et qu'ils auraient détournés volontairement à leur profit, à moins qu'ils n'aient péri par un accident imprévu, duquel ils ne peuvent être reprochables. (Art. 2063, Cod. civ.)

Tels sont les divers cas où les tribunaux doivent ou peuvent prononcer la contrainte par corps, en matière civile, sauf les exceptions particulières que la loi a prononcées.

[[La loi du 17 avril 1832, sur la contrainte par corps, dans le double but de codifier une multitude de dispositions éparses, incomplètes, souvent contradictoires et d'introduire en cette matière les améliorations qu'exigent le mouvement des idées et la nécessité des circonstances, a modifié certaines dispositions du Code civil et du Code de procédure relatives, soit au caractère, soit à l'exercice de la contrainte, et coordonné dans un ensemble satisfaisant tout ce qui concerne l'application de cette voie d'exécution aux matières civiles,

commerciales et pénales, abrogeant par conséquent les lois spéciales du 15 germ. an VI, sur les négociants, et du 10 sept. 1807, sur les étrangers.

Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans l'examen de cette loi, qui, d'ailleurs, n'altère presque en rien l'exactitude des notions contenues dans le commentaire qui précède ; il suffit de donner une idée des dispositions qui rentrent dans l'objet que se proposait M. Carré.

Aux cas énoncés par cet auteur comme entraînant l'exercice de cette voie de coercition, il faut, en vertu de la loi de 1832, ajouter les suivants, en matière de deniers et d'effets mobiliers publics ;

« Art. 8. Sont soumis à la contrainte par corps, pour raison du reliquat de leur compte, déficit ou débet constatés à leur charge, et dont ils ont été déclarés responsables :

1° Les comptables de deniers publics ou d'effets mobiliers publics, et leurs cautions ;

2° Leurs agents ou préposés qui ont personnellement géré ou fait la recette ;

3° Toutes personnes qui ont perçu des deniers publics dont elles n'ont point effectué le versement ou l'emploi, ou qui, ayant reçu des effets mobiliers appartenant à l'Etat, ne les représentent pas, ou ne justifient pas de l'emploi qui leur avait été prescrit.

« Art. 9 Sont compris dans les dispositions de l'article précédent, les comptables chargés de la perception des deniers, ou de la garde et de l'emploi des effets mobiliers appartenant aux communes, aux hospices et aux établissements publics, ainsi que leurs cautions et leur agents et préposés ayant personnellement géré ou fait la recette.

« Art. 10. Sont également soumis à la contrainte par corps :

1° Tous entrepreneurs, fournisseurs, soumissionnaires et traitants, qui ont passé des marchés ou traités intéressant l'Etat, les communes, les établissements de bienfaisance et autres établissements publics, et qui sont déclarés débiteurs par suite de leurs entreprises ;

2° Leurs cautions, ainsi que leurs agents et préposés qui ont personnellement géré l'entreprise, et toutes personnes déclarées responsables des mêmes services.

« Art. 11. Seront encore soumis à la contrainte par corps, tous redevables, débiteurs et cautions de droits de douanes, d'octrois et autres contributions indirectes, qui ont obtenu un crédit et qui n'ont pas acquitté à l'échéance le montant de leurs soumissions ou obligations. »

Il convient maintenant d'ajouter quelques mots sur les principes d'après lesquels se règle l'usage de cette voie de coercition.

Elle est autorisée :

En matière commerciale, pour toute dette *principale* de *deux cents francs* et au-dessus.

En matière civile, pour le paiement de toute somme excédant trois cents francs (art. 3). En matière pénale, à raison de toute condamnation envers l'Etat ou les particuliers.

Les personnes contre lesquelles la contrainte par corps ne peut être prononcée sont :

1° Les femmes et les filles, même étrangères (art. 18, loi de 1832), sauf : En matière civile, pour fait de stellionat, suivant les précisions indiquées par l'art. 2066, Cod. civ.; — Pour dettes commerciales, celles qui sont réputées par la loi marchandes publiques (art. 2); — En matière de deniers et d'effets mobiliers publics, dans tous les cas énumérés par les art. 8 à 11 ; — En matière pénale, sans distinction.

2° Les septuagénaires, excepté, en matière civile pour stellionat (2066, Cod.

civ.); en matière pénale, dans tous les cas, sauf réduction par moitié de la durée de l'emprisonnement. (Art. 40.)

3° Les mineurs (2064, Cod. civ.), excepté, en matière commerciale, ceux qui sont réputés majeurs pour faits de leur commerce (art. 2), et en matière pénale, pour toute condamnation.

La contrainte ne peut être demandée par le créancier, en quelque matière que ce soit :

1° Contre son conjoint;

2° Contre ses ascendants, descendants, frères et sœurs, ou alliés au même degré. (Art. 19 et 41.)

Pour ce qui concerne les étrangers, voy. *Quest.* 2623. Voir dans le *Dictionnaire des temps légaux* de M. Souquet, v° *Contrainte par corps*, tableaux 67 et suivants, tous les cas où la contrainte par corps est légale et obligatoire ou facultative, conventionnelle et applicable, en matière civile, commerciale, correctionnelle, etc.]]

2622. *Peut-on emprisonner un militaire en activité de service?*

Non, d'après Jousse, Pothier et Pigeau. Cependant nulle loi ne contient à cet égard d'exception formelle. Un arrêt du 7 therm. an VIII déclare les conscrits non dispensés, et semble, par conséquent, supposer une dispense en faveur des militaires déjà sous les drapeaux; mais un règlement du 24 juin 1792 (Voy. *Mém. de l'officier*, t. 1, p. 16) porte : « Tout militaire en activité qui, « n'étant pas majeur, aura contracté des engagements pécuniaires par lettre de « change ou par toute autre obligation emportant contrainte par corps, et qui, « s'étant laissé poursuivre pour paiement de semblables dettes, aura, par ju- « gement définitif, été condamné par corps, ne pourra rester au service, si, « dans le délai de deux mois, il ne satisfait pas à ses engagements; dans ce cas, « la sentence contre lui équivaudra, après le délai de deux mois, à une dé- « mission précise de son emploi. »

Il y a sans doute même motif pour les dettes consenties avant le service, parce qu'on a eu en vue de ne pas nuire au service de l'Etat, en arrêtant subitement un militaire.

[[Cette difficulté est résolue sous notre *Quest.* 2647, où l'on trouvera tous les développements qu'elle comporte.]]

2623. *Quand et comment la contrainte par corps peut-elle être exercée contre les étrangers non domiciliés?*

La loi du 10 sept. 1807 dispose à ce sujet, art. 1er, que tout jugement qui intervient au profit d'un Français contre un étranger non domicilié en France emporte la contrainte par corps; art. 2, qu'avant le jugement de condamnation, mais après l'échéance ou l'exigibilité de la dette, le président du tribunal de première instance, dans l'arrondissement duquel se trouverait l'étranger non domicilié, peut, s'il y a des motifs suffisants, ordonner son arrestation provisoire sur la requête du créancier français; art. 3, que l'arrestation provisoire n'aurait pas lieu, ou cesserait, si l'étranger justifiait qu'il possède sur le territoire français un établissement de commerce ou des immeubles, le tout d'une valeur suffisante pour assurer le paiement de la dette, ou s'il fournissait pour caution une personne domiciliée en France et reconnue solvable.

Nous remarquerons, sur cette loi, qu'il a été jugé par la Cour de cassation, le 22 mars 1809 (S. t. 9, p. 202; *J. P.*, 3e éd., t. 7, 457) :

1° Que l'arrestation d'un étranger pouvait avoir lieu en vertu de cette même loi, pour des engagements antérieurs à sa publication, attendu qu'elle devait

être considérée comme une loi de police, comme une mesure de sûreté prise dans l'intérêt national contre les débiteurs étrangers, mesure qui ne porte aucune atteinte à la substance ni à la nature de leurs engagements, mais qui est seulement introductive d'un nouveau mode pour parvenir à l'exécution de ces mêmes engagements, que d'ailleurs une telle mesure est de sa nature susceptible d'une application *instantanée*, et n'admet aucune exception prise de l'antériorité de la dette;

2° Que, dans le cas de l'arrestation provisoire, on doit suivre les formalités ordinaires prescrites par le Code de procédure, quant à l'élargissement. Ainsi la Cour de cassation a cassé un arrêt de la Cour de Paris du 23 déc. 1808 (Voy. *J. P.*, 3e édit., t. 7, p. 275), qui avait jugé que les art. 795 et 805 du Code de procédure n'étaient pas applicables à l'exercice de cette contrainte : elle a considéré qu'ils devaient être observés *dans tous les cas* ;

3° Par un autre arrêt du 28 oct. 1809 (*Voy.* Denevers, 1809, p. 428, *J. Av.*, t. 8, p. 565, et *J. P.*, 3e édit., t. 7, p. 857), la Cour de cassation a décidé que l'art. 780 du Code de procédure n'est pas applicable à l'arrestation provisoire d'un étranger, ordonnée en vertu de l'art. 2 de la loi du 10 septembre; en sorte qu'elle pourrait être faite sans commandement préalable.

Les motifs de cette décision sont :

Premièrement, qu'il ne faut pas confondre l'arrestation à faire en vertu de la contrainte par corps prononcée par l'art. 1er de la loi précitée avec l'arrestation provisoire autorisée par l'art. 2 ;

Secondement, qu'il ne faut pas confondre non plus les procédures à faire dans les tribunaux, sur une demande en mainlevée de l'arrestation provisoire, avec le mode d'exécution de cette même arrestation ;

Troisièmement, que si, dans le cas de la demande en mainlevée, il est nécessaire de se conformer aux règles prescrites par le Code de procédure, il n'en est pas de même de l'arrestation provisoire, qui, n'étant qu'une mesure de police, doit s'exécuter de la même manière que toutes celles que la police fait mettre à exécution.

Il convient de faire observer ici que M. Merlin, dans ses conclusions sur l'arrêt du 22 mars 1809 (voy. ci-dessus 2°), maintenait non-seulement, comme l'a décidé la Cour, que les dispositions du Code relatives à l'élargissement devaient être observées dans le cas de l'arrestation provisoire, mais encore qu'il en était de même de celles relatives au mode même de cette arrestation, et prescrites par les art. 781 et 782; opinion qui semblerait écartée par les expressions générales dans lesquelles les considérants de l'arrêt du 28 octobre sont conçus.

Aussi M. Berriat Saint-Prix, p. 627, not. 3, n° 2, conclut-il de ces deux arrêts qu'il est nécessaire de suivre les formalités du Code de procédure, quant à l'élargissement, mais non pas quant à l'arrestation.

Sans doute, d'après l'arrêt du 28 octobre, l'art. 780 n'est pas applicable au cas de l'arrestation provisoire faite en vertu de la loi du 10 septembre. Mais en doit-on conclure qu'il en soit ainsi des dispositions des art. 781 et 782, sur l'application desquels M. Merlin insistait particulièrement ?

Nous ne le pensons pas, surtout à l'égard du premier; car si l'on envisage l'arrestation comme une mesure de police qui doit être exécutée de la même manière que toute autre, on ne peut au moins s'empêcher de reconnaître que l'on ne peut arrêter l'étranger hors des heures fixées par l'art. 1037 ; c'est ce qui résulte du principe qui déclare inviolable, pendant la nuit, la demeure de tout habitant, et du décret du 4 août 1806, qui dispose que le temps de nuit, pendant lequel l'art. 131 de la loi du 28 germ. an VI défend à la gendarmerie d'entrer dans la maison des citoyens, sera réglé par l'art. 1037 du Code de

procédure. (Arrêt du 11 fév. 1820; DEVILL., *Collect. nouv.*, 6.2.202, et *J. Av.*, t. 8, p. 687.)

[[La loi du 17 avril 1832 a coordonné les dispositions relatives à cette matière et résolu la plupart des difficultés qu'elle présentait. Citons d'abord les articles de cette loi qui concernent les étrangers.

Art. 14. « Tout jugement qui interviendra au profit d'un Français contre un étranger non domicilié en France, emportera la contrainte par corps, à moins que la somme principale de la condamnation ne soit inférieure à 150 francs, sans distinction entre les dettes civiles et les dettes commerciales.

Art. 15. « Avant le jugement de condamnation, mais après l'échéance ou l'exigibilité de la dette, le président du tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel se trouvera l'étranger non domicilié, pourra, s'il y a de suffisants motifs, ordonner son arrestation provisoire, sur la requête du créancier français.

Dans ce cas, le créancier sera tenu de se pourvoir en condamnation dans la huitaine de l'arrestation du débiteur, faute de quoi celui-ci pourra demander son élargissement.

La mise en liberté sera prononcée par ordonnance de référé, sur une assignation donnée au créancier, par l'huissier que le président aura commis dans l'ordonnance même qui autorisait l'arrestation, et, à défaut de cet huissier, par tel autre qui sera commis spécialement.

Art. 16. « L'arrestation provisoire n'aura pas lieu ou cessera, si l'étranger justifie qu'il possède sur le territoire français un établissement de commerce ou des immeubles, le tout d'une valeur suffisante pour assurer le paiement de la dette, où s'il fournit pour caution une personne domiciliée en France et reconnue solvable.

Art. 17. « La contrainte par corps exercée contre un étranger, en vertu de jugement pour dette civile ordinaire, ou pour dette commerciale, cessera de plein droit après deux ans, lorsque le montant de la condamnation principale ne s'élèvera pas à 500 francs;

Après 4 ans, lorsqu'il ne s'élèvera pas à 1,000 fr.;

Après 6 ans, lorsqu'il ne s'élèvera pas à 3,000 fr.;

Après 8 ans, lorsqu'il ne s'élèvera pas à 5,000 fr.;

Après 10 ans, lorsqu'il sera de 5,000 fr. et au-dessus.

S'il s'agit d'une dette civile pour laquelle un Français serait soumis à la contrainte par corps, les dispositions de l'art. 7 seront applicables aux étrangers, sans que, toutefois, le minimum de la contrainte puisse être au-dessous de deux ans.

Art. 18. « Le débiteur étranger, condamné pour dette commerciale, jouira du bénéfice des art. 4 et 6 de la présente loi. En conséquence, la contrainte par corps ne sera point prononcée contre lui, ou elle cessera dès qu'il aura commencé sa soixante-dixième année.

Il en sera de même à l'égard de l'étranger condamné pour dette civile, le cas de stellionat excepté.

La contrainte par corps ne sera pas prononcée contre les étrangères pour dettes civiles, sauf aussi le cas de stellionat, conformément au premier paragraphe de l'art. 2066 du Code civil, qui leur est déclaré applicable.

Art. 32. « Les dispositions du présent titre et celles du Code de procédure civile sur l'emprisonnement, auxquelles il n'est pas dérogé par la présente loi, sont applicables à l'exercice de toutes contraintes par corps, soit pour dettes commerciales, soit pour dettes civiles, même pour celles qui sont énoncées à la deuxième section du titre 2 ci-dessus, et enfin à la contrainte par corps qui est exercée contre les étrangers.

Néanmoins, pour les cas d'arrestation provisoire, le créancier ne sera pas

tenu de se conformer à l'art. 780 du Code de procédure, qui prescrit une signification et un commandement préalables. »

Ce dernier article résout, comme on le voit, les questions ci-dessus traitées par M. Carré, de manière à ne plus permettre de doute sur ces divers points.

La signification et le commandement préalables sont-ils les seules formalités que le créancier soit dispensé de remplir vis-à-vis du débiteur étranger?

« Plusieurs articles, disait M. Parant, rapporteur à la Chambre des Députés, parlent d'un itératif commandement (*Voy.* notamment 783 et 784); mais il était inutile de faire à cet égard des dispositions exceptionnelles : elles sont la conséquence immédiate et forcée de la première ; enfin, dans quelques articles du Code de procédure, il est question de jugement. Pour les cas dont nous parlons, l'ordonnance est l'équivalent d'un jugement. On conçoit qu'il n'était pas nécessaire de le dire. »]]

2624. *La contrainte par corps ne peut-elle être exercée que par un huissier?*

Le décret du 14 mars 1808 a créé, pour la ville de Paris, dix gardes de commerce, qui sont chargés exclusivement des contraintes par corps, et qui ne peuvent être suppléés par les huissiers, recors et autres personnes quelconques.

Ce décret établit des règles et des formalités particulières pour l'emprisonnement à effectuer par ces gardes. (*V.* PIGEAU, t. 2, p. 268.)

[[Nous rapporterons en leur lieu ces formalités, en tant qu'elles différeraient de celles qui sont établies par les art. 780 et suivants.

En ce qui touche les condamnations pécuniaires prononcées en matière criminelle, correctionnelle et de police, ainsi que pour les dettes de frais de justice, c'est aux gendarmes et non aux huissiers à mettre à exécution la contrainte par corps. (Avis du ministre de la justice, *J. Av.*, t. 8, p. 703.)]]

2625. *L'emprisonnement serait-il nul, si l'huissier* [[*ou le garde du commerce*]] *n'était pas muni d'un pouvoir spécial?* [[*Ce pouvoir doit-il être enregistré et avoir date certaine avant l'arrestation? L'huissier est-il tenu de le signifier au débiteur?*]]

Nous avons résolu la première question pour l'affirmative, sous le n° 1918, t. 4, p. 532.

Mais nous rappellerons ici les observations que nous avons faites à l'occasion de cette question (*V.* p. 532, à la note), et desquelles il résulte, d'après un arrêt de la Cour de Colmar du 3 juin 1812 (*J. P.*, 3e édit., t. 10, p. 440), non-seulement qu'il faut que l'huissier, pour procéder à l'emprisonnement, soit porteur d'un pouvoir spécial, mais encore qu'il ne suffirait pas qu'il exhibât un pouvoir sous seing privé, enregistré seulement depuis qu'il aurait été sommé d'en justifier.

Plusieurs des arrêts que nous avons cités ont, à la vérité, été rendus en matière de saisie immobilière; mais on sait que la disposition de l'art. 556, sur laquelle les arrêts sont fondés, se rapportent également à la contrainte par corps.

[[*Voy.* ce que nous avons dit sous la *Quest.* 1918, à laquelle renvoie aussi M. Carré, et consultez également MM. COIN-DELISLE, n°s 18 et 19, et SOUQUET, *Dictionn. des temps légaux*, tabl. 46e, colonne 5e, n°s 23 à 30.

Nous avons décidé, sous la *Quest.* 1920, que les gardes du commerce devaient aussi être porteurs d'un pouvoir spécial.]]

ART. 780 (1). Aucune contrainte par corps ne pourra être mise à exécution qu'un jour après la signification, avec commandement, du jugement qui l'a prononcée.

Cette signification sera faite par un huissier commis par ledit jugement ou par le président du tribunal de première instance du lieu où se trouve le débiteur.

La signification contiendra aussi élection de domicile dans la commune où siége le tribunal qui a rendu ce jugement, si le créancier n'y demeure pas.

arif, 51 et 67. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 262, n°s 1 à 15.] — Ordonn. de 1667, tit. 34, art. 1 et 11. — Ordonn. de Moulins, art. 48. — Loi du 15 germ. an VI, tit. 4. art. 3. — Cod. civ., art. 16, 2059, 2063, 2069. — Cod. proc. civ., art. 126, 127, 166, 552, 784, 790, 794. — [Loi du 17 avril 1832, art. 32, 33 et 38. — Notre Dict. gén. de proc., v^{is} *Contrainte par corps*, n°s 145 à 148, 150 à 186; *Exploit*, n° 154; *Exécution*, n° 48; *Tribunaux de commerce*, n° 591. — Devilleneuve, v° *Emprisonnement*, n°s 12 à 33. — Arm. Dalloz, v° *Contrainte par corps*, n°s 438 à 446, 454 à 485. — Locré, t 22, p. 325, n° 17, et p. 492, n° 108.

QUESTIONS TRAITÉES *avant l'article :* Peut-on emprisonner un militaire en activité de service? *Q.* 2622. — Quand et comment la contrainte par corps peut-elle être exercée contre les étrangers non domiciliés? *Q.* 2623. — La contrainte par corps ne peut-elle être exercée que par un huissier? *Q.* 2624. — L'emprisonnement serait-il nul, si l'huissier n'était pas muni d'un pouvoir spécial? *Q.* 2625.

QUESTIONS TRAITÉES *après l'article :* La signification et le commandement faits par le créancier originaire dispensent-ils le créancier subrogé à ses droits de notifier de pareils actes au débiteur, avant d'exercer contre celui-ci la contrainte par corps? *Q.* 2625 *bis.* — La signification à un dernier domicile connu serait-elle valable, quoique la partie à laquelle cette signification serait faite eût acquis un autre domicile depuis plusieurs années? *Q.* 2626. — Une seconde signification faite ensuite à personne ou à nouveau domicile ferait-elle preuve que la partie reconnaissait l'insuffisance de la première? *Q.* 2627. — Le jugement de condamnation et le commandement doivent-ils nécessairement être signifiés à personne ou à domicile? *Q.* 2627 *bis.* — Le jour qui doit être laissé entre le commandement et l'emprisonnement ou la recommandation s'entend-il d'un laps de vingt-quatre heures, à compter du moment où le commandement a été fait? *Q.* 2628. — La signification du jugement qui a prononcé la contrainte par corps doit-elle nécessairement avoir lieu en même temps et par le même acte que le commandement? *Q.* 2629. — Le jugement qui prononce la contrainte par corps est-il, avec le commandement, le seul acte qui doive être notifié au débiteur? *Q.* 2629 *bis.* — Lorsque, sur l'appel interjeté d'un jugement de condamnation, est intervenu un arrêt confirmatif, cet arrêt doit-il être signifié dans les formes prescrites par l'art. 780? *Quid* du jugement qui démettrait le débiteur de l'opposition par lui faite à un jugement de défaut portant contrainte, qui lui aurait été signifié avec commandement? *Q.* 2629 *ter.* — La contrainte par corps est-elle valablement exercée en vertu d'un jugement par défaut dont la signification a été faite avec commandement par un huissier commis, aux termes des art. 156 et 435, Cod. proc.? *Q.* 2630. — Mais puisque l'art. 780 porte que l'huissier sera commis ou par le jugement même qui aurait prononcé la contrainte par corps ou par le président du tribunal de première instance du lieu où se trouve le débiteur, n'en résulte-t-il pas qu'un tribunal de commerce peut commettre un huissier pour faire la signification et le commandement à fin de contrainte? *Q.* 2631. — L'ordonnance qui commet un huissier doit-elle être donnée au palais de justice, contresignée du greffier, et revêtue de la formule exécutoire à peine de nullité? *Q.* 2631 *bis.* — Est-ce dans le lieu où se trouve, même accidentellement, le débiteur, que doit être commis l'huissier chargé de lui signifier le jugement de condamnation avec commandement? *Q.* 2631 *ter.* — L'huissier commis pour signifier un jugement portant contrainte, aurait-il besoin d'une nouvelle commission pour signifier une seconde fois le jugement, si la première notification était annulée, ou l'arrêt confirmatif, en cas d'appel? *Q.* 2631 *quater.* — L'élection de domicile dans une signification du jugement, faite avant le com-

(1) Cet article, comme la plupart de ceux qui composent le présent titre, ne fait que rappeler des principes qui n'ont jamais été contestés, et qui sont relatifs, soit aux formalités qui doivent être constatées par le procès-verbal d'emprisonnement et par l'écrou du débiteur, soit à la consignation des aliments, soit aux recommandations : nous n'aurons donc à faire suivre cet article et les suivants d'un commentaire tiré de leurs motifs, qu'autant qu'ils contiendront, soit des dispositions de droit nouveau, soit des décisions sur quelques points controversés, ou qu'ils nous fourniront matière à quelques critiques que nous aurons jugées bien fondées. C'est par les mêmes motifs qu'un grand nombre des articles précédents ne sont point accompagnés de commentaires.

mandement, dispenserait-elle d'en faire une nouvelle dans ce dernier acte? Q. 2632. — Si le tribunal qui a rendu le jugement prononçant la contrainte était un tribunal de commerce, sera-ce dans la ville où siége ce dernier que l'on devra faire l'élection de domicile? Q. 2633. — L'élection de domicile faite par le créancier peut elle profiter à d'autres qu'au débiteur? Q. 2634 (1).]

[[DXIV *bis*. En matière criminelle, correctionnelle ou de police, les condamnations pécuniaires ne pourront être exécutées par voie de contrainte que *cinq jours* après la signification du jugement ou de l'arrêt. Cette signification sera faite à la diligence du receveur de l'enregistrement et des domaines, si la condamnation a eu lieu au profit de l'État, ou des parties intéressées, si elle a été prononcée en faveur des particuliers. Loi du 17 avril 1832, art. 33 et 38 (*J. Av.*, t. 42, p. 193).

Dans le cas où le jugement de condamnation n'aurait pas été précédemment signifié au débiteur, le commandement portera en tête *un extrait de ce jugement*, lequel contiendra le nom des parties et le dispositif. (Art. 33.)]]

[[**2625** bis. *La signification et le commandement faits par le créancier originaire dispensent-ils le créancier subrogé à ses droits de notifier de pareils actes au débiteur avant d'exercer contre celui-ci la contrainte par corps?*

La Cour de Paris, 30 janv. 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 601; *J. P.*, 3e édit., t. 25, p. 99, et Devill., 1834.2.22), a décidé que le créancier subrogé était tenu de signifier de nouveau le jugement et le commandement à fin de contrainte, et elle s'est fondée sur la nécessité de faire connaître, d'une manière certaine, au débiteur, vis-à-vis de quelle personne il peut valablement se libérer de sa dette. Cette raison nous paraît peu concluante; car, ou la cession de la créance a été notifiée au débiteur ou elle ne l'a pas été. Notifiée, il connaît la personne à qui le lie son engagement. Non notifiée, aucune fin de non-recevoir ne peut être prise contre lui de ce qu'il se serait adressé à celui qu'il doit considérer encore comme son créancier. Il est d'ailleurs évident que les poursuites dirigées contre lui, la notification de l'acte de cession, le pouvoir remis à l'huissier, l'itératif commandement, l'élection de domicile qui doit y être renouvelée ne laissent aucun doute à cet égard. La question se réduit donc à savoir si les actes valablement faits deviennent inefficaces, par cela que la créance a changé de mains, ce qui est complétement inadmissible, comme nous l'avons dit sous nos *Quest.* 1898 *bis*, et 1898 *ter*, t. 4, p. 496.]]

2626. *La signification à un dernier domicile connu serait-elle valable, quoique la partie à laquelle cette signification serait faite eût acquis un autre domicile depuis plusieurs années?*

2627. *Une seconde signification, faite ensuite à personne ou à nouveau domicile, ferait-elle preuve que la partie reconnaissait l'insuffisance de la première?*

La première de ces deux questions a été résolue affirmativement, et la se-

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° C'est par le Code de procédure que doivent être réglées les formes de l'emprisonnement effectué depuis le 1er janv. 1807, quoique le commandement préalable soit antérieur à la promulgation de ce Code. Bruxelles, 13 juin 1807 (*J. Av.*, t. 8, p. 501; *J. P.* 3e éd., t. 6, p. 146);

2° Une copie de commandement non datée, quoique l'original le soit, est nulle, et d'ailleurs incapable de faire courir le délai de vingt-quatre heures que la loi exige entre le commandement et l'arrestation. Paris, 17 déc. 1817 (*J. Av.*, t. 8, p. 659; *J. P.*, 3e éd., t. 14, p. 528; Devill., *Collect. nouv.*, 5.2.339). *Voy.* t. 1er, p. 372, notre *Quest.* 327.]

conde négativement, par arrêt de la Cour de Paris du 25 janv. 1808. (*V.* Sirey, 1808, *DD.*, p. 70; *Jurisp. sur la procéd.*, t. 1, p. 449, et *J. Av.*, t. 8, p. 514.)

Supposons, en conséquence, et c'est l'espèce dans laquelle a été rendu cet arrêt, qu'une seconde signification ait été annulée : on ne pourrait dire que cette signification fût une preuve que la partie à requête de laquelle elle aurait été faite eût reconnu la nullité de la première, en sorte qu'elle dût être non recevable à s'en prévaloir pour faire déclarer la contrainte valablement exécutée.

[[L'arrêt de la Cour de Paris, cité par M. Carré, n'a pas entendu juger en principe une question dont la solution dépend surtout des circonstances. Elle a avec raison validé une signification faite au dernier domicile connu, bien que le débiteur l'eût quitté depuis plusieurs années, parce qu'autrement il dépendrait de la mauvaise foi du débiteur de rendre impossible l'accomplissement des formalités exigées par l'art. 780, et, par conséquent, son arrestation. C'est par le même motif que la Cour de Bruxelles, 29 juin 1808 (*J. Av.*, t. 8, p. 533), a décidé que la signification faite au domicile que le débiteur avait déclaré abandonner *sans désignation du nouveau*, était valable. Ainsi, sous ce rapport, nous adoptons la décision de M. Carré et la conséquence qu'il en tire dans la *Quest.* 2627. Mais d'autre part, et avec non moins de raison, la Cour de Paris, 28 fév. 1807 (*J. Av.*, t. 13, p. 87, et *J. P.*, 3e édit., t. 5, p. 711), a déclaré irrégulière la notification faite à un domicile que le débiteur avait quitté depuis près de trente ans, lorsqu'il résultait d'ailleurs des circonstances de la cause, que, pour parvenir à l'exécution du jugement de condamnation, on avait facilement trouvé sa nouvelle résidence; il ne faut pas en effet, pour faciliter au créancier l'accomplissement des formalités de l'art. 780, priver le débiteur de l'avertissement qu'elles lui donnent et des garanties qui en sont la conséquence.

M. Dalloz, t. 3, p. 775, not. 2, présente quelques observations dans le même sens. *V.* du reste nos questions sur l'art. 68, t. 1er, p. 393.]]

[[**2627 bis.** *Le jugement de condamnation et le commandement doivent-ils nécessairement être signifiés à personne ou à domicile ?*

L'art. 780 n'exige pas, il est vrai, l'accomplissement de cette condition; mais sa nécessité résulte des principes généraux pour toute signification d'exploits, par analogie des art. 443, 673, etc. La Cour de Bruxelles, 24 août 1808 (*J. Av.*, t. 8, p. 550), a annulé la signification faite en parlant à *l'épouse* du débiteur, en un lieu où il n'avait d'ailleurs ni domicile réel, ni domicile élu. MM. Pigeau, t. 2, p. 5; t. 4, chap. 1er, sect. 4, § 2, et Pardessus, t. 5, p. 273, approuvent cette décision.

Toutefois il ne faut pas ajouter aux dispositions de la loi; ainsi la Cour de Paris a bien jugé, en décidant, le 25 fév. 1808 (*J. Av.*, t. 8, p. 518, et *J. P.*, 3e édit., t. 6, p. 531), que le jugement portant contrainte, obtenu contre une veuve qui s'est ensuite remariée, ne doit pas, à peine de nullité, être signifié, avec ou sans commandement, à la personne de son mari. (*Voy.*, t. 1er, p. 351, notre *Quest.* 307 *bis*).

Quant aux personnes collectives et aux individus qui n'ont pas de domicile connu en France, les règles que trace l'art. 69 pour la remise des exploits leur sont applicables. Ainsi il a été jugé que le commandement à fin de contrainte contre un associé peut être signifié au domicile de la société (Paris, 19 mars 1828, *Journ. des Huiss.*, t. 9, p. 102), et le jugement obtenu contre un débiteur, dont le domicile est inconnu, au parquet du procureur du roi, Metz, 30 déc. 1817 (*J. Av.*, t. 8, p. 633).

Nous avons toujours supposé que le débiteur se trouvait à son domicile; mais

le 2e alin. de l'art. 780 prévoyant le cas où il résiderait ailleurs, nous renvoyons la solution des difficultés que soulève cette espèce à la *Quest.* 2631 *ter.*]]

2628. *Le jour qui doit être laissé entre le commandement et l'emprisonnement ou la recommandation s'entend-il d'un laps de vingt-quatre heures, à compter du moment où le commandement a été fait?*

Par un arrêt du 27 juill. 1813 (S. 14.2.155; *J. Av.*, t. 9, p. 158, et *J. P.*, 3e édit., t. 11, p. 582), la Cour de Rouen avait supposé que l'emprisonnement pourrait être effectué vingt-quatre heures après la signification du commandement, puisqu'il décide que l'exploit de signification du commandement et le procès-verbal d'arrestation devaient, à peine de nullité, indiquer l'heure à laquelle ils auraient été faits, surtout si l'emprisonnement avait lieu le lendemain de ce commandement.

Par un autre arrêt du 17 juin 1818 (S. 19.2.136, et *J. Av.*, t. 8, p. 668), la même Cour de Rouen a jugé que le jour qui doit être laissé s'entend d'*un jour franc*, à partir de la fin du jour où a été fait le commandement, et non pas seulement du laps de vingt-quatre heures, à compter du moment où le commandement a été fait.

Il est évident que ces expressions de l'article, *un jour après la signification*, signifient, comme le dit M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 630, que l'arrestation doit être précédée, *un jour à l'avance*, de la signification du jugement. Ainsi donc, supposant la signification faite le premier d'un mois, peu importe l'heure, le lendemain est le jour franc accordé au débiteur : l'arrestation ne peut donc avoir lieu que le surlendemain de la signification ; il n'est donc pas nécessaire, comme la Cour de Rouen l'avait jugé d'abord, d'indiquer l'heure de la signification du commandement et de l'arrestation.

Cette interprétation n'est, au reste, qu'une conséquence du principe posé dans notre introduction, que, toutes les fois que le législateur, dans la fixation d'un délai, ne l'a point assis sur un espace de vingt-quatre heures, mais sur la révolution complète d'un jour, ce jour doit s'entendre du jour ordinaire, qui commence à l'instant où finit le jour duquel on fait partir le délai.

[[Cette décision, adoptée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 462; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 684 ; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 349 ; DALLOZ, t. 3, p. 777 ; COIN-DELISLE, *Comm. de la Contrainte par corps*, et SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, v° *Emprisonnement*, 139, tabl., 5e col., n° 1, est aujourd'hui incontestable. *V.* aussi notre *Quest.* 2313, t. 5, p. 519.]]

2629. *La signification du jugement qui a prononcé la contrainte par corps doit-elle nécessairement avoir lieu en même temps et par le même acte que le commandement?*

La Cour de Rennes, par arrêt du 18 août 1810 (V. *Journ.* des arrêts de cette Cour, t. 1, p. 393, et *J. P.*, 3e édit., t. 8, p. 541), celle de Toulouse, par arrêt du 11 fév. 1808 (S. 1.15.191 ; *J. Av.*, t. 8, p. 516), enfin, celle de Limoges, par arrêt du 18 janv. 1811 (S. 1.15.191, et *J. Av.*, t. 8, p. 588), ont jugé négativement cette question.

Elles ont considéré que la signification du jugement était indépendante du commandement, et se sont appuyées particulièrement sur l'art. 784, qui, lorsqu'il y a péremption du commandement, n'exige pas, souvent, une nouvelle signification du jugement.

M. PIGEAU, t. 2, p. 269, et M. COFFINIÈRE, *ubi suprà*, pensent, au contraire, et nous croyons au moins très prudent de se conformer à leur opinion, que l'article 780 exige le concours simultané des deux formalités de la signification du

jugement et du commandement, parce que, disent-ils, on a voulu, pour cette contrainte, la plus rigoureuse de toutes, que le débiteur vît, en même temps que le commandement, le jugement en vertu duquel il est fait, sans l'obliger de recourir à une signification précédente, laquelle ne contenant pas de commandement et ne lui faisant pas voir d'une manière immédiate l'emprisonnement qu'il a à craindre, a pu être négligée et égarée par lui.

Cette opinion nous paraît confirmée par l'art. 51 du Tarif, qui ne taxe qu'un seul acte pour la signification et le commandement. (*V.* cependant, ci-contre, la note *Jurisprud.,* 1°, n° 1, et les questions traitées sur l'art. 784 (1).

[[Cette question est encore très controversée : on peut, à l'appui de l'opinion de MM. Pigeau et Coffinière, citer celle de MM. LEPAGE, p. 527 ; COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 47; GINOUVIER, p. 133; et tirer quelques inductions favorables d'un arrêt de la Cour de Caen du 14 déc. 1824 (*J. Av.*, t. 33, p. 302). L'opinion contraire est soutenue par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 684; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 345, et SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, v° *Emprisonnement*, 139e tab., 5e colonne, n° 4.

Incontestablement, l'intention du législateur est que le jugement de condamnation et le commandement soient signifiés par le même acte. L'art. 51 du Tarif suffit pour le prouver. Les frais d'un commandement séparé seraient frustratoires, comme nous l'avons dit dans notre *Comm. du Tarif*, t. 2, p. 263. Mais le commandement lui-même serait-il nul ?... là commence la difficulté : or, sur ce point, il nous semble que l'art. 780, quoique plus *bref* que l'art. 673, qui statue d'ailleurs pour une contrainte moins rigoureuse, est tout aussi explicite, puisqu'il exige que le jugement soit *signifié avec le commandement.* On sent assez combien est énergique l'avertissement que donne au débiteur le rapprochement de ces deux actes, qui, séparés et remis à quelque distance l'un de l'autre, lui imposeraient peut-être des recherches que ne permet pas le délai si court dont il jouit. C'est donc là une garantie dont l'inobservation, comme celle de toutes les autres, est sanctionnée par la peine de nullité. L'objection tirée de l'art. 1030, Cod. proc. civ., ne nous touche pas davantage. Ce n'est point par l'art. 1030, mais bien par l'art. 794 qu'est régi tout ce qui concerne l'inexécution des conditions apposées à l'exercice de la contrainte par corps.]]

[[**2629** bis. ***Le jugement qui prononce la contrainte par corps est-il, avec le commandement, le seul acte qui doive être notifié au débiteur ?***

Nous avons déjà vu (*Quest.* 2629, à la note), que la copie du jugement signifié doit être entière et non partielle. Cette obligation ne serait pas remplie, si, lorsque ce jugement a été rendu par des arbitres, il n'était pas donné signification de l'ordonnance d'*exequatur*, en tête du commandement. (*V.* la question suivante pour ce qui concerne les jugements de débouté d'opposition et les arrêts confirmatifs.) Mais il ne faut pas induire de là l'obligation de signifier des pièces qui ne sont pas indispensables pour donner connaissance au débiteur de toutes les obligations qu'il est tenu de remplir : ainsi, il a été jugé qu'il serait inutile de lui donner copie de son acquiescement à un jugement par défaut, Paris, 17 sept. 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 180) ; ainsi qu'à un gardien qui n'a pas reproduit les effets saisis, du certificat de non-opposition au jugement de con-

(1) Cette signification doit être celle d'une copie *entière* et non *partielle* du jugement. (Nîmes, 22 mars 1813. *J. P.*, 3e éd., t. 11, p. 227; *J. Av.*, t. 8, p. 461.) [Lors même que le jugement aurait été précédemment signifié. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 463. Une omission peu importante ne l'annullerait pas. V. *Quest.* 1898 *septies* et 2204.]

trainte; Besançon, 22 mars 1809 (*J. Av.*, t. 19, p. 418, et *J. P.*, 3e édit., **t. 7,** p. 458). C'est aussi l'avis de M. Coin-Delisle, *Comm.*, p. 47.]]

[[**2629** ter. *Lorsque, sur l'appel interjeté d'un jugement de condamnation, est intervenu un arrêt confirmatif, cet arrêt doit-il être signifié dans les formes prescrites par l'art.* 780?

Quid *du jugement qui démettrait le débiteur de l'opposition par lui faite à un jugement de défaut portant contrainte, qui lui aurait été signifié avec commandement?*

On est d'accord que, dans le cas d'appel, le jugement portant contrainte ne peut être mis à exécution qu'un jour après la signification de l'arrêt confirmatif. C'est l'opinion de MM. Berriat Saint-Prix, p. 630, not. 11; Thomine Desmazures, *Comm.*, p. 462, et Coin-Delisle, *Comment.*, p. 48, sanctionné par un arrêt de la Cour de Colmar, 20 août 1808 (*J. Av.*, t. 8, p. 540; *J. P.*, 3e éd., t. 7, p. 104); il est encore reconnu que la signification de l'arrêt confirmatif doit être accompagnée d'un nouveau commandement (Bruxelles, 21 août 1824, *Journ.* de cette Cour, 1824.2.216). La raison de ces décisions, c'est que l'exécution du jugement a été suspendue par l'appel, que dès lors ce jugement s'identifie avec l'arrêt qui lui a rendu sa force; ce qui implique la nécessité du renouvellement de toutes les formalités prescrites par l'art. 780. Il est d'ailleurs une autre raison d'équité toute puissante : comment supposer que, plusieurs années peut-être après l'appel interjeté, et sur la simple signification de l'arrêt confirmatif, sans commandement, sans délai, sans nouvelle élection de domicile, le créancier sera maître d'exercer la contrainte par corps? On comprend combien une pareille opinion serait insoutenable.

Tout ce qui vient d'être dit de l'appel s'applique également à l'opposition régulièrement formée contre un jugement de défaut, et dont un nouveau jugement ferait justice. Le premier, par cela seul qu'il était frappé d'opposition, n'a d'existence et d'effet, comme l'a remarqué la Cour de Limoges, 26 mai 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 178), que par le second qui le confirme; d'où il suit que la signification de ce dernier devra être accompagnée des formalités qu'exige l'art. 780. C'est ce que nous avons démontré, t. 2, p. 87, *Quest.* 661, et ce qu'a également décidé la Cour de Caen, 14 déc. 1824 (*J. Av.*, t. 33, p. 302, et *J. P.*, 3e édit., t. 18, p. 1222).

Cependant un arrêt de Bruxelles, 22 juill. 1819 (*J. Av.*, t. 8, p. 685, *J. P.*, 3e éd., t. 25, p. 429), a déclaré inutile la répétition de ces formalités, dans le cas où la Cour royale n'aurait pas eu à s'occuper du jugement, mais seulement de savoir si l'appel avait été interjeté en temps utile; et un autre arrêt de Rouen, est allé plus loin encore (9 janv. 1826, *J. Av.*, t. 32, p. 96), puisqu'il a proclamé indistinctement que tout jugement par défaut pouvait être exécuté sur la simple signification du débouté d'opposition, sans commandement et sans délai : M. Coin-Delisle, lui-même, *Comm.*, p. 47, approuve ces décisions.

Sur la précision faite par les deux arrêts de Rouen et de Bruxelles, à raison d'une opposition ou d'un appel rejetés pour vice de forme, il faut distinguer : l'opposition nulle en la forme n'arrêtant pas l'exécution, il est fort inutile de signifier le jugement qui la rejette, ainsi que cela résulte de la doctrine que nous avons exposée *Quest.* 661. Mais l'appel, même irrégulier, étant de nature à suspendre l'exécution, notre solution ne serait plus la même, et nous exigerions la signification de l'arrêt. Le débiteur a paralysé l'effet du jugement obtenu contre lui : un temps plus ou moins considérable s'est écoulé; sa sécurité peut être entière; permettre, dans ces circonstances, l'emprisonnement immédiatement après la signification de la nouvelle décision qui rend sa force à la première, est une sorte de surprise que la loi n'autorise ni ne justifie.

Si le premier jugement était exécutoire, avec ou sans caution, la difficulté n'existerait pas, car ni l'opposition ni l'appel ne pourraient en arrêter l'effet, qui est l'emprisonnement du débiteur, faute de paiement, dans le délai déterminé par l'art. 780.]]

2630. *La contrainte par corps est-elle valablement exercée en vertu d'un jugement par défaut dont la signification a été faite avec commandement, par un huissier commis, aux termes des art.* 156 *et* 435 *du Code de procédure ?*

M. Coffinière traite cette question, dans son *Journal des Avoués*, t. 4, p. 189, et, sans dissimuler les raisons que l'on pourrait donner pour la résoudre affirmativement, il se prononce pour la négative.

Telle est aussi notre opinion, fondée sur ce que la seconde disposition de l'art. 780 exige évidemment qu'un huissier soit spécialement commis à l'effet de signifier le jugement avec le commandement, *pour procéder ensuite à l'exercice de la contrainte par corps.*

Or, un huissier, commis pour signifier le jugement par défaut, ne l'est point *spécialement* pour cet objet; il ne l'est qu'afin de garantir que le défaillant aura connaissance de ce jugement : peu importe que l'huissier insère dans la signification un commandement de payer; ce commandement n'annonce point que l'exécution du jugement sera poursuivie plutôt par voie d'emprisonnement que par toute autre voie de droit; et l'exprimerait-il, on en reviendrait toujours à objecter que ce commandement n'est valable qu'autant que l'huissier est muni d'une commission spéciale pour le donner à cette fin.

Si, d'ailleurs, on admettait que l'huissier commis pour notifier un jugement par défaut eût par cela même un pouvoir suffisant pour la signification de ce même jugement, avec commandement à fin de contrainte par corps, il en résulterait que les tribunaux de commerce, qui, d'après l'art. 435, peuvent commettre un huissier pour notifier un jugement par défaut, conféreraient un pouvoir à fin d'exécution de leurs jugements, ce qui impliquerait contradiction avec la disposition de l'art. 442, qui leur refuse toute compétence relativement à cette exécution, ainsi qu'il sera dit sur la question suivante.

Nous pensons donc, avec M. Coffinière, qu'une nouvelle signification avec commandement, ou, tout au moins, si l'on adopte les décisions des trois arrêts cités sur la *Quest.* 2829, un nouveau commandement notifié par un huissier spécialement commis à cet effet, doit suivre la notification d'un jugement fait en vertu des art. 156 et 435.

[[Il résulte de ces explications de M. Carré, que, toutes les fois qu'il a été rendu un jugement par défaut portant contrainte, le devoir de l'huissier, commis aux termes des art. 156 et 435, étant exclusivement restreint à la signification de ce jugement, deux notifications sont nécessaires; l'une de la décision du tribunal, avec huissier commis : l'autre du commandement, avec nouvelle commission d'huissier. Tel est aussi le sentiment de M. COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 48, n° 11; mais nous ne pouvons adopter l'avis de ces deux auteurs.

D'abord, il est évident qu'en commettant un huissier pour signifier le jugement par défaut, le tribunal est en droit de lui donner en même temps pouvoir de signifier le commandement préalable à la contrainte; et tel est, suivant M. Coin-Delisle, lui-même, *loco citato*, l'usage du tribunal de commerce de Paris, usage que nous engageons les autres tribunaux à imiter; mais, en supposant que le mandat ne soit pas formel, ne résulte-t-il pas assez clairement de la nature même de la décision qu'il s'agit d'exécuter, comme l'a fait observer la Cour de Toulouse, dans les motifs d'un arrêt du 28 juill. 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 341; *J. P.*, 3e édit., t. 18, p. 923). L'art. 780 ne dit pas que si le jugement de

contrainte est rendu par défaut, il faudra une double délégation d'huissier, l'une pour la signification, parce que le jugement est par défaut, l'autre pour le commandement, parce qu'il s'agit de contrainte personnelle; au contraire, cet article, en disposant que toute contrainte personnelle sera précédée de la signification avec commandement du jugement qui l'autorise, et que cette signification sera faite par l'huissier commis *par ledit jugement*, n'a fait qu'étendre aux jugements même contradictoires les précautions prises pour la signification des jugements de défaut.

A quoi bon d'ailleurs multiplier des frais inutiles? Rappelons-nous que l'article 51 du Tarif ne passe en taxe qu'un acte de signification; or, d'après la doctrine de M. Carré, ce jugement devrait être notifié deux fois. La première, isolément; la seconde, avec le commandement à fin de contrainte; car, ainsi que nous l'avons dit sur la *Quest.* 2629, le commandement ne peut être séparé de la décision judiciaire qui lui donne lieu.

Quant à l'objection de M. Carré, prise de ce que les tribunaux de commerce se trouveraient, par l'opinion que nous soutenons, investis du droit de commettre des huissiers à fin de contrainte, nous en sommes encore moins touché, puisque, sur la question suivante, nous en reconnaissons formellement le droit à ces tribunaux.

Ainsi, le mandat accordé à l'huissier, en vertu des art. 156 et 435, emporte à la fois, selon nous, pouvoir de signifier et le jugement et le commandement à fin de contrainte. Toutefois une difficulté paraît naître des termes de l'art. 780, qui donne la faculté de commettre l'huissier, soit au tribunal qui a condamné le débiteur, soit au président du lieu où il se trouve; il peut arriver, en effet, que la double désignation d'huissier soit simultanément effectuée, d'où la question de savoir si la première, celle qui résulte du jugement, sera par le fait annulée. La négative, adoptée par la Cour de Nanci, 23 juillet 1813 (*J. Av.*, t. 8, p. 560; *J. P.*, 3e édit., t. 11, p. 576), semble au premier abord plus conforme au texte de la loi : l'art. 435 dit en effet que nul jugement par défaut ne sera signifié que par l'huissier qu'aura commis le tribunal, ce qui paraît indiquer la nécessité d'une première notification dans ce cas; sans préjudice de celle que ferait, en vertu de l'art. 780, l'huissier commis par le président du tribunal du lieu où se trouve le débiteur. Mais il est facile de répondre que l'art. 435 est modifié par l'art. 780, dans l'hypothèse où le débiteur condamné résiderait hors du lieu où le jugement a été rendu, ce qui rend illusoire toute signification, faite en vertu de cet acte, en son domicile auprès du tribunal. Dès lors une telle notification serait inutile et contraire, par conséquent, aux principes que nous venons d'émettre.

Il résulte encore de ces observations qu'une double signification du jugement est, dans tous les cas, frustratoire; c'est aussi l'avis de MM. Coffinière et Souquet, *Dictionnaire des temps légaux*, v° *Emprisonnement*, 139e tabl., 5e col. nos 4 et 5. Mais il en serait autrement, s'il avait été constitué avoué dans la cause, car alors le jugement devrait lui être notifié, ainsi qu'à la partie, selon la juste observation de M. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 462, not. 3.]]

2631. *Mais puisque l'art. 780 porte que l'huissier sera commis, ou par le jugement même qui aurait prononcé la contrainte par corps, ou par le président du tribunal de première instance du lieu où se trouve le débiteur, n'en résulte-t-il pas qu'un tribunal de commerce peut commettre un huissier pour faire la signification et le commandement à fin de contrainte?*

M. Delaporte, t. 2, p. 352, soutient la négative, par les motifs exprimés sur la précédente question, et c'est ce qui a été jugé par arrêt de la Cour d'Or-

léans du 26 déc. 1810 (*J. P.*, 3e éd., t. 8, p. 727), rapporté par M. Hautefeuille, p. 431. Cet arrêt décide :

1° Qu'aux termes de l'art. 435, les tribunaux de commerce n'ont droit de commettre un huissier que pour la signification du jugement par défaut seulement;

2° Qu'aux termes de l'art. 780, lorsqu'il s'agit de faire le commandement pour parvenir à l'emprisonnement ou à la recommandation du débiteur, ce commandement ne peut plus être fait en vertu de la commission consignée au jugement; mais que l'huissier doit obtenir une nouvelle autorisation du tribunal civil, parce que le commandement étant un commencement d'exécution, et les tribunaux de commerce ne pouvant connaître de l'exécution de leurs jugements, aux termes de l'art. 442, l'emprisonnement ou la recommandation, sans l'autorisation du tribunal civil, est nulle, etc. (1).

[[Nous avons déjà soutenu, contrairement à l'opinion de M. Carré (*J. Av.*, t. 27, p. 340), et nous pensons encore, nonobstant deux arrêts, l'un de Lyon, 10 avril 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 187), et l'autre de Toulouse, 21 mai 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 341), qu'un tribunal de commerce peut donner pouvoir à un huissier de signifier le commandement à fin de contrainte, soit dans le jugement par défaut pour la signification duquel il l'a déjà commis, soit postérieurement, et sur la demande du créancier. L'art. 442 du Code de procédure, que l'on nous oppose, n'a d'autre but que d'enlever aux tribunaux de commerce la connaissance des contestations qui s'élèvent sur l'exécution de leurs jugements, comme l'explique l'art. 553 du même Code. La commission d'un huissier chargé de signifier un jugement de condamnation ou un commandement qui n'en est que la conséquence forcée, ne doit pas évidemment rentrer dans la même catégorie : le législateur l'autorise formellement dans l'art. 435, par lequel il n'a pas entendu déroger à l'art. 442, et implicitement dans l'art. 780, qui ne distingue pas entre les divers tribunaux. C'est du reste dans le sens de cette opinion, adoptée par MM. Favard de Langlade, t. 1, p. 684; Thomine Desmazures, t. 2, p. 346; Dalloz, t. 3, p. 782, note; Boitard, t. 2, p. 535; Coin-Delisle, *Comm.*, p. 47, et Souquet, *Dictionnaire des temps légaux*, v° *Emprisonnement*, 139e tabl., 5e col., nos 6 et 7, que semble en définitive incliner la jurisprudence, celle même des Cours dont nous avons cité les décisions contraires; Rouen, 20 juill. 1804 (*J. Av.*, t. 8, p. 629); Nancy, 21 août 1809, et 23 juill. 1823 (*J. Av.*, t. 8, p. 560); Toulouse, 28 juill. 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 341; *J. P.*, 3e éd., t. 20, p. 838 et 833; t. 21, p. 462); Aix, 23 août 1826; Lyon, 22 août 1826, et 23 mai 1827 (*J. Av.*, t. 32, p. 101, et 33, p. 225); Douai, 19 fév. 1828 (*J. P.*, 3e éd., t. 21, p. 1189), et 23 nov. 1839 (*J. Av.*, t. 59, p. 629), et Liége, 11 sept. 1833 (*J. Av.*, t. 47, p. 482).

De là il faut tirer les conséquences suivantes :

1° Il est permis aux tribunaux de commerce de commettre un huissier pour signifier le commandement, aussi bien lorsque le jugement de condamnation est contradictoire que lorsqu'il a été prononcé par défaut;

2° Ils peuvent, s'il est nécessaire, commettre un huissier immatriculé dans un autre arrondissement;

3° Les frais faits pour obtenir la nomination d'un huissier par le président du tribunal de première instance, lorsqu'il en a déjà été commis un par le ju-

---

(1) A plus forte raison la signification d'un jugement contradictoire, faite par un huissier qui n'a pas été commis, serait-elle nulle. [Lors même que la commission lui en aurait été particulièrement donnée. *V.* Montpellier, 19 juin 1807 (*J. Av.*, t. 8, p. 502; *J. P.*, 3e éd., t. 6, p. 161.)]

gement de condamnation, sont purement frustratoires et ne doivent pas être mis à la charge du débiteur.]]

[[**2631** bis. *L'ordonnance qui commet un huissier doit-elle être donnée au palais de justice, contresignée du greffier et revêtue de la formule exécutoire, à peine de nullité?*

Nous traiterons cette question sous l'art. 1040.]]

[[**2631** ter. *Est-ce dans le lieu où se trouve, même accidentellement, le débiteur, que doit être commis l'huissier chargé de lui signifier le jugement de condamnation avec commandement?*

En principe, comme nous l'avons rappelé sous la *Quest.* 2627 *bis,* tout jugement emportant contrainte doit être signifié à personne ou à domicile; mais on comprend que cette alternative, laissée au créancier, lorsque le débiteur est présent à son domicile, parce qu'alors il ne peut dépendre de ce dernier d'éluder le préliminaire de la contrainte, ne doit plus subsister quand, le débiteur se trouvant dans un autre lieu, il lui est impossible de connaître la signification, et par conséquent d'éviter l'arrestation qui en est la suite. Lors donc que l'art. 780 dit que l'huissier sera commis par le jugement de condamnation ou par le président du tribunal du lieu où se trouve le débiteur, il entend que, dans le cas où le débiteur serait éloigné de son domicile, c'est à sa résidence actuelle que le commandement lui sera signifié et que sera pris par conséquent l'huissier commis, à moins que le tribunal n'ait usé du droit qu'il a de commettre un huissier immatriculé dans l'arrondissement qu'habite le débiteur. Ces principes ont été reconnus implicitement par M. PIGEAU, t. 2, p. 5, tit. 4, chap. 1, sect. 33, n° 4, et formellement par les Cours de Toulouse, 28 juill. 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 50), et d'Aix, 25 juin 1825 (*J. P.*, 3e édit., t. 19, p. 636). Il faut pourtant les entendre d'une manière qui ne donne prise à aucune objection raisonnable.

Si donc le créancier se trouvait dans l'impossibilité de connaître le lieu où se trouve le débiteur, il faudrait par analogie appliquer les règles que M. Carré propose (*Quest.* 2628), dans le cas où l'on ignorerait son *domicile* actuel. C'est au dernier domicile connu que la notification devrait été faite et la commission donnée si elle ne se trouvait pas dans le jugement.

Il n'est pas moins certain que, par le lieu où se trouve le débiteur, il faut entendre celui où il se trouvait au moment de la requête. Il ne peut dépendre de lui, en s'éloignant sans cesse au moment de l'exécution, d'obliger le créancier à réitérer commandement sur commandement, à accumuler des frais et des démarches inutiles. Une fois reconnu que le débiteur se trouvait au lieu où la requête demandant commission d'huissier a été présentée au président du tribunal, le commandement pourra être notifié et l'emprisonnement effectué en quelque autre lieu qu'il se retire, et le vœu de l'art. 780 est satisfait.

Ces explications détruisent les objections tirées de la prétendue impossibilité de trouver le débiteur; de faire commettre un huissier au lieu qu'il habite. L'embarras pourra être grand sans doute, mais croit-on qu'il soit moindre pour arriver à l'emprisonnement, et sera-t-il plus difficile de trouver l'endroit où se tient le débiteur, pour y obtenir une commission d'huissier, que pour l'arrêter lui-même?

C'est donc à tort que MM. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 317, et COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 48, ont décidé qu'il suffisait, dans tous les cas, d'une signification au domicile réel du débiteur; c'est méconnaître plus évidemment encore l'esprit de la loi que de décider, comme l'a fait la Cour de Toulouse, 11 août 1828 (*J. Av.*, t. 38, p. 92), que par ces mots : *le lieu où se trouve le débiteur,*

il faut entendre celui où il réside depuis un temps moral, et non celui où il se trouve instantanément et sans intention d'y résider. Il est évident que c'est moins encore à la *résidence* simple qu'au domicile que peut être commis l'huissier, lorsque le débiteur est absent de l'un comme de l'autre.]]

[[**2631** quater. *L'huissier commis pour signifier un jugement portant contrainte aura-t-il besoin d'une nouvelle commission pour signifier une seconde fois le jugement, si la première notification est annulée, ou l'arrêt confirmatif en cas d'appel?*

Dans le cas où une première notification serait nulle, il est évident que l'huissier, muni d'un pouvoir spécial et dont le mandat n'a été ni accompli ni révoqué, n'a pas besoin, pour recommencer, d'une nouvelle commission; c'est ce qu'enseignent MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 784, et COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 48, et c'est ce qu'a jugé la Cour de cassation, réformant un arrêt contraire, dans l'intérêt de la loi, 26 nov. 1810 (*J. Av.*, t. 8, p. 583, et *J. P.*, 3e édit., t. 8, p. 661).

MM. COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 48, et DALLOZ, t. 3, p. 788, pensent que la solution doit être la même lorsque, sur une opposition ou sur un appel, il y a eu confirmation du jugement. Nous ne partageons pas cette opinion, et nous croyons que la signification du jugement par défaut ou du jugement frappé d'appel a épuisé le mandat de l'huissier commis. L'emprisonnement aura lieu, en cas d'opposition, uniquement en vertu du jugement rendu sur cette opposition, *Voy.* nos principes à cet égard, t. 2, p. 87, *Quest.* 661. Quant à un arrêt confirmatif, il doit être signifié au débiteur; l'emprisonnement est la conséquence de cet arrêt: la signification ne peut donc en être régulièrement faite que par un huissier commis par la Cour (*Voy.* t. 2, p. 535, notre *Quest.* 1994, et *suprà*, p. 142, notre *Quest.* 2629 *ter*).]]

2632. *L'élection de domicile, dans une signification du jugement faite avant le commandement, dispenserait-elle d'en faire une nouvelle dans ce dernier acte?*

La Cour de Rennes et celle de Toulouse, par les arrêts cités sur la *Quest.* 2629, se sont prononcées pour l'affirmative, par suite de la décision rendue par elles sur le point de savoir si la signification du jugement peut être séparée de la notification du commandement.

Nous avons exposé les raisons qui nous ont paru s'opposer à ce qu'on regardât cette décision comme certaine, et qui, conséquemment, peuvent être objectées contre la solution que les Cours de Rennes et de Toulouse ont donnée sur la présente question. (*V. Quest.* 2204.)

[[Il est en effet certain, une fois qu'il est admis que le jugement de condamnation et le commandement à fin de contrainte doivent être signifiés par le même acte, que cet acte doit contenir l'élection de domicile de la part du créancier; et l'inconvénient qui résulterait, pour le débiteur, d'une élection qui ne se trouverait que dans un acte antérieur au commandement est encore un argument en faveur du système que nous avons présenté sous la *Quest.* 2629. Le créancier devra donc élire domicile dans la signification du jugement de condamnation avec commandement, ou bien y réitérer cette formalité, si elle se trouvait déjà dans une signification antérieure, que nous avons considérée comme inutile et frustratoire, *Quest.* 2628 *ter*.]]

2633. *Si le tribunal qui a rendu le jugement prononçant la contrainte était un tribunal de commerce, sera-ce dans la ville où siége ce dernier que l'on devra faire l'élection de domicile?*

On pourrait dire, pour l'affirmative, que si la loi n'a point distingué entre les

tribunaux civils et les tribunaux de commerce, quoique ceux-ci ne connaissent point de l'exécution de leurs jugements, c'est qu'il ne s'agit pas encore de cette exécution; que l'élection de domicile, faite dans l'acte de signification du jugement et du commandement, n'empêchera pas d'en faire une seconde, lors de l'arrestation, dans le lieu où le débiteur sera incarcéré (art. 783); que cette seconde élection, qui a pour but spécial l'exécution de la contrainte, ne fait point cesser la première, qui n'a pour objet aucun acte d'exécution, mais seulement la signification des actes d'offres ou d'appel, que le débiteur, par argument de l'art. 584, pourrait faire à ce premier domicile élu.

M. Pigeau, en admettant que l'on peut signifier à ce domicile élu les actes dont nous venons de parler, dit cependant que si le tribunal qui a prononcé le jugement est un tribunal de commerce, comme il ne connaît pas de l'exécution, laquelle appartient au tribunal civil du domicile du débiteur, c'est dans le lieu de ce dernier tribunal que doit être faite l'élection, à moins qu'il ne s'agisse d'un jugement susceptible d'opposition, auquel cas il faudrait faire aussi l'élection dans le lieu où siége le tribunal de commerce.

Tel est aussi le sentiment de M. DELVINCOURT, t. 2, de ses Institutes du droit commercial, p. 514.

Nous n'admettons point l'opinion de ceux qui pensent que, la loi n'ayant fait aucune distinction, l'élection de domicile doit être faite dans le lieu où siége le tribunal de commerce qui aurait rendu le jugement.

Il nous semble, en effet, que le législateur n'a prescrit l'élection de domicile qu'en considération de ce que le débiteur pourrait signifier un acte quelconque qui pourrait donner lieu à une décision à rendre sur une difficulté relative à l'exécution du jugement.

Or, il n'y a que le tribunal qui a rendu ce jugement qui puisse connaître de son exécution, et voilà pourquoi la loi exige que l'élection de domicile soit faite dans le lieu où siége ce même tribunal; mais elle n'a pu avoir en vue de comprendre, dans les expressions trop générales de l'art. 780, le tribunal de commerce, puisqu'il ne peut connaître de l'exécution de ses jugements.

Ainsi nous adoptons l'opinion de MM. Pigeau et Delvincourt, et nous pensons comme eux que l'élection de domicile doit être faite, lorsque le jugement émane d'un tribunal de commerce, dans le lieu où le débiteur sera incarcéré, parce que c'est, selon la loi, le lieu où l'on peut dire que l'exécution se poursuit. Or, l'art. 553 dispose que les contestations élevées sur l'exécution des jugements des tribunaux de commerce seront portées au tribunal de première instance du lieu où l'exécution se poursuivra.

[[MM. FAVARD DE LANGLADE, *Répert.*, t. 1, p. 685; DALLOZ, v° *Contrainte par corps*, t. 3, p. 792, et SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, 139e tabl., 4e col., se sont ralliés à cette opinion. Quant à nous, après y avoir mûrement réfléchi, nous persistons dans celle que nous avons précédemment émise (*J. Av.*, t. 8, p. 709 et suiv.), et qui résout affirmativement la question proposée. Ce qui sans doute a induit en erreur M. Carré et les auteurs qu'il cite, c'est qu'ils supposent toujours que l'art. 780 n'a eu d'autre prévision, en exigeant l'élection de domicile du créancier au lieu où a été rendu le jugement portant contrainte, que celle des difficultés que pourrait soulever l'exécution de ce jugement; que cet article n'a ordonné l'élection de domicile que dans ce but, et que dès lors il ne pouvait avoir en vue les tribunaux de commerce, qui ne connaissent pas de l'exécution de leurs sentences.

Mais c'est là une hypothèse toute gratuite.

L'art. 794 veut, il est vrai, que les demandes en nullité d'emprisonnement par des moyens de fond soient portées devant le tribunal de l'exécution du jugement, c'est-à-dire, en vertu de l'art. 553, devant les juges de première instance du lieu où sera poursuivie l'exécution de la sentence consulaire; mais ce cas, qui

ne peut d'ailleurs se présenter qu'à la suite de l'incarcération, n'a nul rapport avec l'élection de domicile exigée par l'art. 780. Si le débiteur arrêté attaque au fond la validité de l'emprisonnement, s'il prétend par exemple avoir payé la dette à raison de laquelle a été prononcée la contrainte par corps, il assignera le créancier au domicile élu, en vertu de l'art. 783, au lieu de l'incarcération, et qui est établi tant à raison des nullités de fond que des nullités de forme, quoique la demande soit susceptible d'être portée devant des tribunaux différents. De ce que cette dernière élection de domicile est faite au lieu de l'incarcération, il ne faut pas induire qu'elle servira uniquement aux demandes à porter devant le tribunal de l'incarcération, mais bien que la loi l'a voulu ainsi, pour que le débiteur sût où trouver celui contre qui il élève un débat, de quelque nature qu'il soit. Cette dernière élection, en un mot, montre au débiteur son adversaire, mais non le tribunal qui doit décider entre eux. Ces principes sont implicitement reconnus par M. Carré qui, par une contradiction assez étrange, veut que l'élection de domicile exigée par l'art. 780 soit faite, dans le cas où le jugement aurait été rendu par un tribunal de commerce, au lieu où le débiteur sera incarcéré; mais il n'a pas fait attention que cette élection, impossible peut-être avant l'emprisonnement, puisque le lieu de l'incarcération, *c'est la prison la plus voisine* du lieu de l'arrestation, qui ne saurait être déterminée d'avance, deviendrait après complétement inutile, et formerait double emploi avec l'élection de domicile exigée par l'art. 783. Il suit de là, et la Cour de Montpellier, 22 août 1827 (*J. Av.*, t. 3, p. 117; *J. P.*, 3e édit., t. 21, p. 758), l'a reconnu en principe, que la loi n'a pas entendu contraindre le créancier à faire élection de domicile dans le lieu où siége le tribunal qui doit connaître de l'exécution; ce qui, d'après les explications précédentes, serait une formalité sans but.

Ce point une fois admis, ceux qui partagent l'opinion de M. Carré n'ont plus rien à ajouter, sinon que l'élection de domicile dans le lieu où siége le tribunal de commerce qui a rendu le jugement est inutile et frustratoire : mais ceci n'a pas plus de fondement; car, d'un côté, l'art. 780 l'exige en termes formels par leur généralité, généralité que M. Carré lui-même, comme on l'a vu plus haut, constate en la blâmant; et d'un autre côté, on comprend assez que la loi, ayant surtout en vue l'intervalle du commandement à la contrainte, fixe indistinctement l'élection de domicile au lieu où le jugement a été rendu, de quelque juridiction qu'il émane, parce que ce lieu est en général celui du domicile du débiteur défendeur à la condamnation, parce qu'elle pense qu'il y trouvera plus de facilité pour réunir les sommes dont il a besoin dans un si court délai, et qu'elle veut, en un mot, lui aplanir autant que possible les voies pour échapper à l'emprisonnement.

MM. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 350; COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 49; se montrent favorables à notre opinion, consacrée formellement par deux arrêts des Cours de Nîmes, 4 mai 1824 (*J. P.*, 3e éd., t. 18, p. 675) et de Montpellier, 22 août 1827 (*J. Av.*, t. 37, p. 117).]]

2634. *L'élection de domicile faite par le créancier peut-elle profiter à d'autres qu'au débiteur?*

Il a été décidé par un arrêt de la Cour de cassation du 17 juillet 1810 (*J. Av.*, t. 8, p. 252), que l'obligation d'élire domicile n'est imposée au créancier que dans le seul intérêt du débiteur; d'où il suit que toute personne prétendant avoir quelque action à exercer contre le créancier, à raison de l'exercice de la contrainte, ne peut le faire citer dans le lieu où il a fait cette élection de domicile (1).

(1) Cet arrêt a été rendu par application des art. 10 et 14 de la loi du 15 germ. an VI. Mais la même décision serait rendue sous l'empire du Code, ainsi qu'on peut s'en assu-

[[MM. COFFINIÈRE (*J. Av.*, t. 8, p. 579); FAVARD DE LANGLADE, *Répert.*, t. 1, p. 686, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 360, ont adopté cette solution, en se fondant sur ce que le droit d'assigner le créancier ailleurs qu'au tribunal de son domicile réel est une exception que justifie la position toute particulière du débiteur, et au bénéfice de laquelle nul autre que lui ne saurait être admis.

Telle n'est pas notre opinion. Nous avons déjà développé nos raisons de décider, à l'occasion de la *Saisie exécution*, t. 4, p. 686, 692 et 744, *Questions* 2007 *bis*, 2009, 2068 *bis*, et 2079.]]

ART. 781. Le débiteur ne pourra être arrêté, 1° avant le lever et après le coucher du soleil;

2° Les jours de fête légale;

3° Dans les édifices consacrés au culte, et pendant les exercices religieux seulement;

4° Dans le lieu et pendant la tenue des séances des autorités constituées;

5° Dans une maison quelconque, même dans son domicile, à moins qu'il n'eût été ainsi ordonné par le juge de paix du lieu, lequel juge de paix devra, dans ce cas, se transporter dans la maison avec l'officier ministériel.

Tarif, 6 et 52. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 266 et suiv., nos 16 à 25.] — Décret du 14 mars 1808, art. 15. — Loi du 15 brum. an VI, tit. 3, art. 4. — Cod. proc. civ., art. 556, 793, 794 et 1037.—Cod. proc. civ., art. 184.—[Notre Dict gén. de proc., v° *Contrainte par corps*, nos 219 à 244. — Devilleneuve, v° *Emprisonnement*, nos 55 à 67. — Arm. Dalloz, v° *Contrainte par corps*, nos 514 à 549 — Locré, t. 22, p. 326, n° 18; p. 493, n° 109, et p. 601, n° 42.

QUESTIONS TRAITÉES : L'art. 1037 est-il interprétatif de l'art. 781, en sorte que l'on doive considérer celui-ci comme s'il était conçu dans les mêmes termes que l'autre? *Q.* 2635. — L'arrestation serait-elle nulle, pour avoir été faite dans un moment très rapproché du lever du soleil, ou qui suivrait presque immédiatement son coucher? *Q.* 2636.—Pour juger si l'emprisonnement a eu lieu pendant le jour, doit-on considérer le fait réel de cet emprisonnement plutôt qu'une erreur d'expressions qui se trouverait dans le procès-verbal, et qui, prise isolément du fait dont il s'agit, ferait supposer qu'il aurait eu lieu à une heure indue? Q. 2637.— L'huissier doit-il mentionner dans son procès-verbal l'heure à laquelle il a arrêté le débiteur? *Q.* 2638. — La disposition de l'art 1037, qui permet de faire des exécutions les jours de fêtes légales, en vertu de permission de juge, dans le cas où il y aurait péril en la demeure, s'applique-t-elle à l'emprisonnement? *Q.* 2639. — Une arrestation pourrait-elle avoir lieu un jour de réjouissances publiques? *Q.* 2639 *bis*. — Quels sont les lieux que l'on doit considérer comme édifices consacrés au culte? *Q.* 2640. — Doit-on faire quelques distinctions entre les exercices religieux, en sorte qu'il en soit quelques-uns pendant lesquels on puisse procéder à l'arrestation dans un édifice consacré au culte? *Q.* 2641. — Est il bien certain qu'il résulte des termes de la troisième disposition de l'art. 781, qu'on puisse, hors du temps des exercices religieux, arrêter un débiteur dans un édifice consacré au culte, si l'on n'y célèbre pas? *Q.* 2642.— Par le lieu des séances des autorités constituées, la loi a-t-elle entendu désigner toute l'enceinte? *Q.* 2643. — Peut-on, avant ou après les séances des autorités constituées, arrêter dans les lieux où elles se tiennent, de même qu'on le peut dans les lieux destinés au culte, avant ou après les exercices religieux? *Q.* 2644. — Quelles sont les autorités que l'art. 781 désigne sous le titre d'autorités constituées? *Q* 2645. — Peut-on arrêter un négociant dans les lieux et pendant les heures de bourse? *Q.* 2646. — Mais pourrait-on arrêter une personne quelconque dans le moment où elle remplirait une fonction ou profession dont il importe au public que l'exercice ne soit pas interrompu, et à laquelle l'emprisonnement l'empêcherait de vaquer? *Q.* 2647. — Ne peut-on arrêter un débiteur dans les lieux consacrés au culte ou aux séances des autorités publiques, qu'avec l'assistance du juge de paix, et en vertu d'une ordonnance de sa part? *Q.* 2648. — Comment faut-il entendre ces expressions du n° 5 de l'art. 781 : *maison quelconque*? *Q.* 2648 *bis*. — Les gardes du commerce ont-ils besoin de la permission et de la présence du juge de paix pour arrêter un débiteur dans son domicile ou dans

---

rer par ce que nous avons dit sur la *Question* 2009. [*Voy.*, sous cette question, notre avis opposé à celui de M. Carré.]

celui d'un tiers? *Q*. 2649.— Comment l'huissier doit-il procéder relativement à la réquisition à faire au juge de paix et à la manière de constater la présence de ce magistrat à l'arrestation? *Q*. 2650. — La capture du débiteur, faite à son domicile sans permission ni assistance du juge de paix, est-elle validée par la survenance de ce magistrat avant l'emprisonnement? *Q* 2651.— L'huissier, en attendant l'arrivée du juge de paix, peut-il prendre des mesures pour empêcher l'évasion du débiteur, par exemple établir ses témoins à sa porte? *Q*. 2651 *bis*. — Si le juge de paix du canton ne faisait pas droit à la réquisition de l'huissier, celui-ci pourrait-il requérir un autre juge de paix? *Q*. 2652. — Le juge de paix, dans le cas où il refuserait d'ordonner l'arrestation d'un débiteur, pourrait-il être passible de dommages-intérêts? *Q*. 2652 *bis*.]

DXV. Les dispositions de l'art. 781 sont toutes empruntées aux anciens usages et règlements ; mais nous remarquerons, avec M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 478, qu'il serait difficile de justifier la limitation de l'inviolabilité des édifices consacrés au culte, au temps où les offices religieux s'y célèbrent. Nous dirions comme lui, qu'à chaque instant, ces édifices peuvent être fréquentés par des personnes pieuses, qui, dans le silence du recueillement, déposent aux pieds de l'Eternel leurs prières et l'hommage de leur respect et de leur amour. Pourquoi seraient-elles troublées dans cet asile de paix par une contrainte qui ne peut se faire sans quelque éclat? Nous voudrions du moins (car le respect dû au lieu saint doit être concilié avec la nécessité d'exécuter la loi) que des mesures fussent prises de manière à ce qu'on fût assuré que le temple fût absolument désert, pour que l'on pût arrêter la seule personne qui s'y trouverait non pour acquitter un devoir religieux, mais pour se soustraire à l'exécution ordonnée contre elle.

On remarquera la disposition du dernier paragraphe de l'article, par laquelle l'inviolabilité du domicile est respectée, en même temps que des abus criants, qui seraient la conséquence nécessaire du principe contraire, sont prévenus; le jugement ou l'acte exécutoire reçoit sans trouble son exécution, et les créanciers et les huissiers n'ont plus besoin, comme il arrivait trop souvent autrefois, de recourir à des violences qui étaient suivies des plus funestes accidents.

2635. *L'art.* 1037 *est-il interprétatif de l'art.* 781, *en sorte que l'on doive considérer celui-ci comme s'il était conçu dans les mêmes termes que l'autre?*

Cette question est importante en ce que, dans une partie du mois de juin, le soleil, dans certaines parties du royaume, se lève avant quatre heures du matin, tandis que, sur les derniers jours de mars, il se lève avant six heures du matin et se couche après six heures du soir. Or, si l'on pouvait appliquer à la contrainte par corps la disposition générale de l'art. 1037, d'après laquelle aucune signification ni *exécution* ne peuvent être faites, depuis le 1er octobre jusqu'au 31 mars, *avant six heures du matin et après six heures du soir*, et depuis le 1er avril jusqu'au 30 septembre, *avant quatre heures du matin et après neuf heures du soir*, il s'ensuivrait, dans l'hypothèse ci-dessus, que l'emprisonnement serait nul, quoique fait après le lever ou avant le coucher du soleil, parce qu'il aurait été fait avant ou après les heures fixées par cet art. 1037.

Si, au contraire, l'art. 781 doit être appliqué selon ses termes, indépendamment des dispositions de l'art. 1037, il faudrait considérer l'emprisonnement comme valable, encore bien qu'il eût été fait hors des heures indiquées par cet article, parce qu'il suffirait, pour sa validité, que le soleil fût sur l'horison au moment où l'arrestion aurait eu lieu.

De là naît la question que nous avons posée; question très controversée parmi les commentateurs du Code.

M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 628, not. 5, soutient que l'art. 781 a été expliqué par l'art. 1037, et que c'est d'après cet article que l'on doit se conduire dans l'exercice de la contrainte par corps. Il se fonde sur ce que les dispositions générales du Code ont toutes pour objet de fixer le véritable sens de

quelques articles susceptibles d'interprétations diverses, etc., et s'appuie à cet égard de deux passages des discours de M. le conseiller d'Etat Galli et de M. le tribun Mallarmé. (*V.* édit. de F. Didot, p. 358 et 371.)

M. LEPAGE, dans son *Traité des saisies*, t. 2, p. 327, explique aussi l'article 781 par l'art. 1037, où l'on voit, dit-il, que le lever et le coucher du soleil sont fixés aux heures que cet article indique. M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 477, applique aussi l'art. 1037; mais M. DELAPORTE, t. 2, p. 358, dit, au contraire, qu'il faut se régler d'après le lever et le coucher du soleil, et non suivant les expressions de l'art. 1037, qui ne peut recevoir d'application au cas de la contrainte. Même opinion de la part de MM. THOMINE DESMAZURES, p. 286; PIGEAU, t. 2, p. 271, et PARDESSUS (*Cours de droit commerc.*, t. 5, p. 273, 2e édit.). Il suffit, disent les deux premiers, que les autres exécutions se fassent durant le jour; mais celle de la contrainte doit avoir lieu pendant que le soleil est sur l'horison, parce que, ajoute M. Pardessus, les dispositions générales, sur l'heure avant ou après laquelle ne peuvent être faits les exploits, ne s'appliquent point à ce mode d'exécution.

Nous n'entrerons point dans la discussion des moyens que l'on peut faire valoir pour et contre chacune de ces deux opinions, parce que nous croyons trouver une raison décisive en faveur de la dernière, dans la circonstance que l'art. 794 du projet, correspondant à l'art. 781, avait déterminé pour l'arrestation les heures avant ou après lesquelles elle ne pouvait avoir lieu, ainsi que l'art. 1037 l'a fait pour les autres exécutions. On a substitué à cette fixation d'heures la disposition relative au lever et au coucher du soleil, et comme on ne l'a pas fait sans motifs, on doit en conclure qu'il faut s'attacher strictement à l'art. 781 du Code.

Cet article a été rédigé tel qu'il est, sur la demande qu'en avaient faite les Cours d'Agen, de Bourges et de Toulouse, en faisant observer que l'arrestation devait absolument avoir lieu de jour, et qu'il arriverait, dans le plus grand nombre de départements, que l'heure de l'arrestation, fixée telle qu'elle l'était par le projet, eût été avant le commencement et après la fin du jour, pendant une partie de l'été et de l'hiver. C'est aussi ce qui pourrait avoir lieu, si l'on suivait l'art. 1037, et c'est ce que le législateur a eu l'intention d'éviter.

[[Cette question a reçu trois solutions diverses qu'il importe de ne pas confondre.

La doctrine de M. Berriat Saint-Prix, appuyée par M. GINOUVIER, *Traité de la Contrainte par corps*, p. 131, et qui entend expliquer par la disposition de l'art. 1037 celle de l'art. 781, est évidemment inadmissible en présence du texte de ce dernier et de la discussion préliminaire rappelée par M. Carré. Mais M. COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 52, après M. Demiau-Crouzilhac, a soutenu une opinion plus plausible, en reconnaissant la dérogation à l'art. 1037, résultant de ce que le débiteur ne pourra jamais être arrêté avant le lever, ou après le coucher du soleil; cet auteur croit néanmoins ce dernier article applicable, en ce sens que nulle arrestation ne saurait avoir lieu avant ou après les heures qu'il indique; en un mot, la disposition de l'art. 781 serait une défense et non une règle. Il semble effectivement assez bizarre que la loi, à une heure qui peut être celle où nulle exécution n'est permise, ait voulu autoriser la plus rigoureuse, la plus exorbitante de toutes. Il faut cependant rejeter cette distinction, que repoussent également le texte et l'esprit de la loi. Il résulte des observations de la section législative du Tribunat, qui firent modifier la rédaction primitive, que le lever et le coucher du soleil sont les seuls termes de l'exécution de la contrainte par corps. Nous adoptons par conséquent l'opinion de M. Carré, consacrée d'ailleurs par la Cour de Bruxelles, 1er mars 1813 (*J. Av.*, t. 8, p. 480, et *J. P.*, 3e édit., t. 11, p. 177), et soutenue par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 464; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 686; THOMINE DESMA-

ZURES, t. 2, p. 351; DALLOZ, t. 3, p. 790, et SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, v° *Emprisonnement*, 140e tabl., 5e col., n° 14.]]

2636. *L'arrestation serait-elle nulle, pour avoir été faite dans un moment très rapproché du lever du soleil, ou qui suivrait presque immédiatement son coucher?*

Oui, d'après deux arrêts de la Cour de Colmar, l'un du 16 therm. an XII (S. 5.2.42, *J. Av.*, t. 8, p. 479, et *J. P.*, 3e édit., t. 4, p. 128); l'autre du 31 août 1810 (S. 11.2.78; *J. Av.*, t. 8, p. 479, et *J. P.*, 3e édit., t. 8, p. 585); ce qui, ainsi que le remarque M. Berriat Saint-Prix, *ubi suprà*, prouve combien il faut être circonspect quand on fait exercer la contrainte, puisque tout est de rigueur dans l'observation de ses formes, attendu qu'elle est le mode d'exécution le plus violent, et même une espèce de peine.

[[Cette décision est la conséquence rigoureuse de celle que M. Carré a donnée sur la question précédente, et que nous avons adoptée.

Mais de ce que la prohibition ne porte que sur le fait de l'arrestation avant le lever du soleil, faut-il conclure qu'il serait permis à l'huissier de surveiller le débiteur de grand matin et de manière à l'arrêter au moment préfixe? M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 351, soutient l'affirmative, à l'appui de laquelle il cite un arrêt de la Cour de Caen, et son avis devra être adopté dans tous les cas où la surveillance, qui est non-seulement un droit, mais même un devoir de l'huissier, ne serait pas accompagnée de violences et de mesures qui, par le fait, priveraient le débiteur de sa liberté, avant l'instant où son arrestation pourrait avoir lieu; *V.* M. SOUQUET, *Diction. des temps légaux*, 140e tabl., 5e col., n° 14.

Du reste l'huissier doit prendre garde à ce qu'une excessive ponctualité de sa part ne jette quelque doute sur le point de savoir si le soleil était levé au moment de la contrainte. Les arrêts précités de la Cour de Colmar avaient pris pour règle les tables astronomiques; mais il est une multitude de communes dont la latitude n'a pas encore été déterminée, et où par conséquent la difficulté serait grave. Tout au moins serait-il convenable que l'arrestation n'eût jamais lieu avant l'heure fixée pour les exécutions par l'art. 1037.]]

2637. *Pour juger si l'emprisonnement a eu lieu pendant le jour, doit-on considérer le fait réel de cet emprisonnement, plutôt qu'une erreur d'expressions qui se trouverait dans le procès-verbal, et qui, prise isolément du fait dont il s'agit, ferait supposer qu'il aurait eu lieu à une heure indue?*

Cette question a été soumise à la Cour de Riom, qui l'a décidée pour l'affirmative, par arrêt du 14 oct. 1808 (S. 12.2.193; *J. Av.* t. 8, p. 547, et *J. P.*, 3e édit., t. 7, p. 173).

Dans l'espèce, le procès-verbal de l'huissier portait que l'emprisonnement avait été fait à onze heures de relevée; or, dit-on, c'est comme si l'on avait dit qu'il eût été fait à onze heures du soir : donc il est nul, d'après les art. 781 et 794.

Mais il était pouvé, et par l'écrou et par un acte postérieur, que cet emprisonnement avait eu lieu à onze heures du matin : il y avait conséquemment erreur dans le procès-verbal.

Le demandeur en nullité maintenait qu'il importait peu qu'il y eût erreur, le procès-verbal faisant foi de ce qu'il énonçait, et faisant foi contre le créancier, de même que contre le débiteur, puisqu'il est un titre commun. Il a pour objet, ajoutait-on, de constater l'heure de l'arrestation : on doit donc le consulter seul pour connaître cette heure.

La Cour a rejeté ces maintiens, attendu qu'il était démontré, par l'acte d'écrou, que la désignation de onze heures et demie *de relevée* dans le procès-verbal d'emprisonnement, n'était qu'une erreur de copiste, et que, démentie par le fait matériel de la capture, elle ne pouvait faire la matière d'un moyen de nullité.

[[Nous ne croyons pas cette décision susceptible de difficulté. Toutes les fois que la preuve de l'erreur résulte d'actes et de faits qui entraînent la conviction des juges, ils ne doivent point se préoccuper de l'erreur elle-même.]]

2638. *L'huissier doit-il mentionner dans son procès-verbal l'heure à laquelle il a arrêté le débiteur?*

Ni l'art. 781 ni l'art. 783 ne l'exigent, et c'est un des motifs pour lesquels il faut, comme l'a fait la Cour de Riom, dans l'arrêt cité sur la précédente question, s'en rapporter au fait matériel de l'arrestation, pour connaître l'heure à laquelle elle a été faite.

M. DELAPORTE, t. 2, p. 353, dit cependant qu'il résulte de ce que l'arrestation ne peut être faite avant le lever et après le coucher du soleil que l'huissier *doit* exprimer l'heure à laquelle il arrête. Mais cette mention ne nous semble qu'un acte de prudence de sa part, et non pas une obligation rigoureuse, qui, pour défaut d'accomplissement, puisse avoir quelque influence sur la validité de l'emprisonnement.

[[La Cour de Nîmes, 4 mai 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 12), a jugé conformément à l'opinion de M. Carré. Si l'oubli de cette mention sert, dans quelques cas, à jeter de l'incertitude sur la validité de l'arrestation, le tribunal peut, dans cette hypothèse, comme dans celle de la question précédente, ordonner une enquête qui ne va pas, comme l'a remarqué l'arrêt précité, contre le contenu du procès-verbal, mais qui tend simplement à établir un fait sur lequel le procès-verbal a gardé le silence, ou s'est exprimé d'une manière douteuse. *Voy.* par analogie, notre *Quest.* 2412 *quater*, t. 5, p. 664.

L'enquête pourra être ordonnée d'office par le juge. En général, comme le fait observer M. PIGEAU, *Comm.*, p. 464, les preuves d'une irrégularité doivent être offertes par le débiteur demandeur en nullité. Mais lorsque le juge cherche à s'éclairer, il est maître d'ordonner, ainsi que nous l'avons établi, t. 2, p. 26, *Quest.* 619, à la note, tous les moyens d'instruction propres à déterminer et à former sa conviction.]]

2639. *La disposition de l'art.* 1037, *qui permet de faire des exécutions les jours de fêtes légales, en vertu de permission du juge, dans le cas où il y aurait péril en la demeure, s'applique-t-elle à l'emprisonnement?*

L'autorisation que l'art. 1037 permet de demander au président ne peut, dit M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 477, s'étendre jusqu'à l'arrestation d'un individu, parce qu'il n'y a jamais de motifs qui puissent rendre cette mesure urgente en matière civile.

M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 144, not. 3, § 3, dit, au contraire, qu'il semble que l'autorisation peut être accordée, parce que l'art. 1037 est postérieur à l'article 781; que sa disposition est générale, et que cela est d'ailleurs conforme à l'ancien usage attesté par JOUSSE, sur l'art. 11 du titre 4 de l'ordonnance de 1667.

Nous ferons observer que cet usage, d'après Jousse lui-même, Rodier, sur l'article 13 du titre précité, et Pothier, part. 5, chap. 1, § 4, était borné au cas où un débiteur, qui alors ne pouvait être arrêté dans sa maison, s'y tenait caché pour n'en sortir que les jours de dimanche ou de fête, et que l'on exigeait en ou-

tre que la contrainte fût exercée pour de fortes sommes, etc.; d'où Pothier conclut que la permission d'arrêter un débiteur un jour de dimanche ou de fête ne devait s'accorder que très rarement, et dans les cas extraordinaires.

En Bretagne, il n'était permis d'arrêter ces jours-là que pour les affaires du roi, pour crime et fait de police, ou par ordre de la Cour. (*V.* DUPARC-POULLAIN, t. 10, p. 567.)

Ces observations prouvent combien le président doit être attentif, aujourd'hui surtout que l'arrestation peut-être faite dans la maison du débiteur, à n'accorder la permission d'y procéder un jour férié que dans des cas pressants; par exemple, lorsqu'il y a de justes motifs de craindre la fuite du débiteur. Ce n'est qu'alors que l'emprisonnement pourrait être jugé valable, en conformité de l'art. 1037.

On remarquera que si nous admettons ici l'application de cet article, c'est non-seulement par les raisons exposées par M. Berriat Saint-Prix, mais parce que la seconde disposition de l'art. 781 défend l'arrestation *les jours de fêtes légales*, dans les mêmes termes que le premier défend *toute exécution en général*, à la différence de la première disposition du même art. 781, qui, relativement aux heures, est conçue dans des termes qui diffèrent tellement de ceux de l'article 1037, que nous avons cru pouvoir en rejeter l'application dans l'espèce de la *Quest.* 2635.

[[Cette dernière précision de M. Carré nous paraît de la plus grande justesse. L'art. 1037, postérieur à l'art. 781, est l'une de ces dispositions générales qui, selon les termes de M. Mallarmé (*rapport au Tribunal*), « *ont toutes pour objet de fixer le véritable sens de quelques articles susceptibles d'interprétations diverses*, » sauf dans les cas où il leur est expressément dérogé, comme dans le premier n° de l'art. 781; tout consiste donc à savoir si la dérogation existe encore dans celui-ci.

L'art. 1037 pose un principe général, qui est que nulle exécution n'aura lieu un jour de fête légale, puis immédiatement une exception, motivée par l'urgence, et atténuée, en ce qu'elle pourrait avoir de fâcheux, par la nécessité d'une autorisation judiciaire. L'objection tirée de ce que, sous l'ancienne jurisprudence, l'arrestation n'était alors permise que parce que, les autres jours, le domicile était absolument inviolable, n'a donc aucune valeur, car il s'agit uniquement de savoir si le débiteur peut, un jour de fête légale, être arrêté en cas d'urgence, et sur l'autorisation du juge, ce qui, selon nous, ne doit souffrir aucune difficulté.

M. Demiau-Crouzilhac objecte, il est vrai, que cette urgence ne saurait exister; mais ce n'est plus là qu'une question d'appréciation. Le débiteur peut, un jour de fête légale, se trouver à quelques lieues de la frontière et la solennité du moment ne l'empêcherait ni de voyager, ni de s'échapper, si une permission judiciaire n'y venait mettre obstacle.

M. THOMINE DESMAZURES, *Comm.*, p. 352, se range à cette opinion, quoiqu'avec quelque répugnance. Il veut, ce que nous ne contestons pas, que l'urgence soit *réelle*, qu'il y ait lieu par exemple de craindre la fuite du débiteur, ce qui n'est pas, quoiqu'il en dise, une circonstance très rare. Tout doit évidemment, sur ce point, dépendre de l'appréciation du juge.

M. COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 52, plus absolu encore que M. Demiau-Crouzilhac, qui ne rejetait notre opinion que sur ce qu'en cette matière il ne concevait pas d'urgence, argumente de ce que l'application de l'art. 1037 rendrait inutile la disposition de l'art. 781 que nous expliquons; mais cette objection est sans portée. Le n° 2 de l'art. 781 est certainement moins inutile que l'article 68 par exemple; et l'art. 828, Cod. proc. civ., qui, sans même renvoyer à l'art. 1037, et tout en défendant la remise d'un exploit ou la saisie-exécution

un jour de fête légale, permettent aux juges d'autoriser l'un et l'autre lorsqu'ils le croirons convenable.

Notre avis est celui de MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 144, et FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 686; le premier de ces deux auteurs fait d'ailleurs observer *loco citato*, que le droit accordé au juge d'autoriser une arrestation non permise ne se rapporte qu'aux jours de fête légale et non aux heures pendant lesquelles la loi défend d'exercer la contrainte, cela est de toute évidence.]]

[[**2639** bis. *Une arrestation pourrait-elle avoir lieu un jour de réjouissances publiques?*

Nous examinerons cette question sous l'art. 1037.]]

2640. *Quels sont les lieux que l'on doit considérer comme édifices consacrés au culte?*

On ne doit considérer comme tels que les lieux qui ont été indiqués et approuvés par le gouvernement ou l'autorité administrative, de concert avec les évêques, conformément à l'art. 44 de la loi du 18 germ. an X, et au décret du 30 sept. 1807; autrement, il serait trop facile de faire étendre à des maisons particulières la prérogative de la troisième disposition de l'art. 781.

[[Cette explication ne peut pas être contestée.]]

2641. *Doit-on faire quelques distinctions entre les exercices religieux, en sorte qu'il en soit quelques-uns pendant lesquels on puisse procéder à l'arrestation dans un édifice consacré au culte?*

Il faut remarquer, à l'égard des églises catholiques, dit M. DELAPORTE, t. 2, p. 353, que, comme on y dit des messes toute la matinée, ce temps est tout entier celui des exercices religieux; qu'en conséquence, on ne peut y mettre la contrainte à exécution pendant tout ce temps. Nous croyons que ce serait étendre, contre le texte de la loi, l'immunité dont jouissent les églises, si l'on annulait un emprisonnement, sur le motif que l'arrestation aurait eu lieu le matin; il suffit, pour qu'elle soit valablement faite, que l'on ne célébrât pas au moment où elle aurait eu lieu.

Mais les auteurs du *Praticien* proposent cette question : *Qu'entend-on par exercices religieux?* et ils répondent qu'on ne doit entendre par ces mots que les exercices qui se font publiquement et au milieu du concours des fidèles; par exemple, la messe, les vêpres et l'administration des sacrements chez les catholiques; le prêche chez les protestants, la prière chez les juifs. Mais on remarquera sans doute que la loi ne fait aucune distinction, et qu'il s'ensuit qu'aucune arrestation ne peut être faite, quel que soit l'objet de l'exercice religieux qui aurait lieu dans l'intérieur d'un édifice consacré au culte. C'est qu'en effet le législateur a eu moins en vue le concours des fidèles que de témoigner son respect pour les cérémonies de la religion, et de ne pas troubler ses ministres ou les citoyens dans leurs actes de piété.

[[La Cour de cass., 9 oct. 1824 (*J. P.*, 3e édit., t. 18, p. 1059), a décidé que la confession constituait un exercice du culte; mais ce ne peut être, ce nous semble, que par rapport aux pénitents, et non aux tiers qui, au moment où elle a lieu, se trouveraient dans l'église. Toutefois, cette décision doit prouver que, s'il est inconvenant d'y arrêter un débiteur, il n'est guère moins difficile de le faire de manière à ne donner prise à aucune difficulté; et cette double considération doit engager l'huissier à montrer la plus grande circonspection, et le

juge à (1) s'imposer volontairement la règle de n'accorder l'autorisation d'entrer dans l'église que, comme l'art. 1037 en fait un devoir aux tribunaux, pour les jours de fête légale, en cas d'urgence. On a d'ailleurs remarqué que le fait de l'arrestation d'un débiteur en un tel lieu ne s'est jamais présenté depuis la promulgation du Code de procédure. Les mœurs valent quelquefois mieux que les lois.

M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 358, pense qu'il n'y a pas de distinction à faire entre les exercices *intérieurs* et les exercices *extérieurs* du culte, et qu'il y aurait lieu d'annuler l'arrestation d'un débiteur, effectuée pendant qu'il suivrait une procession ou un enterrement. La loi se servant de la conjonction *et*, cette opinion ne nous paraît pas conforme à son vœu : néanmoins nous conseillons aux officiers ministériels de ne jamais troubler, par une exécution, l'exercice extérieur du culte.]]

2642. *Est-il bien certain qu'il résulte des termes de la troisième disposition de l'art.* 781 *qu'on puisse, hors du temps des exercices religieux, arrêter un débiteur dans un édifice consacré au culte, si l'on n'y célèbre pas?*

On a agité cette question, et l'on a dit que ces mots, *pendant les exercices religieux*, s'entendaient des exercices religieux célébrés, soit dans l'intérieur, soit à l'extérieur des édifices consacrés au culte, en sorte qu'il fallait séparer ces expressions de celles-ci, *dans les édifices;* d'où il suivrait qu'en aucun temps on ne pourrait arrêter dans ces édifices. Mais il est évident que le texte résiste à cette interprétation, les deux parties de la disposition étant jointes par une conjonctive, et cette jonction étant expliquée suffisamment par le mot *seulement*, qui termine la disposition. Ainsi l'on peut arrêter un débiteur dans le temps et aux lieux où se feraient des exercices de religion, soit à l'extérieur, soit dans l'intérieur des temples, lorsqu'on n'y célèbre pas le culte, quoi que nous en ayons dit, au commentaire, sur l'inconvenance de procéder en quelque temps que ce soit, dans les édifices religieux, à des exécutions judiciaires (2). (*V.* notre *Quest.* 356, t. 1, p. 177.)

[[Cela ne peut faire difficulté ; nous nous en rapportons d'ailleurs à nos observations sur la question précédente.]]

2643. *Par le lieu des séances des autorités constituées, la loi a-t-elle entendu désigner toute l'enceinte?*

Ces mots, *lieu des séances*, ont été substitués au mot *enceinte* de l'art. 4, tit. 3, de la loi du 15 germ. an VI, et l'intention des commissaires, dit M. Pigeau, dont le témoignage est d'autant plus respectable qu'il était de ce nombre, a été d'exclure de la prohibition toute la partie de l'enceinte qui ne serait pas le lieu des séances.

Ainsi l'arrestation pourrait être faite dans les Cours et lieux environnants.

---

(1) [L'autorisation du juge de paix est effectivement indispensable, comme lorsqu'il s'agit de pénétrer dans une maison particulière. *V.* question suivante, à la note.]

(2) Mais on sent qu'il n'est pas à supposer qu'un huissier, à moins qu'il n'y soit forcé par la nécessité, procède à l'arrestation dans les circonstances mêmes dont nous venons de parler. Toute affectation de sa part l'exposerait à un juste blâme de la part des autorités auxquelles il est subordonné, et nous pensons, comme M. PIGEAU, t. 2, p. 271, que l'on doit, lorsqu'il s'agit d'exécuter la contrainte par corps dans l'enceinte d'un édifice religieux, observer au moins les formalités prescrites par le § 5 pour l'arrestation à opérer dans une maison.

[Ce dernier point est universellement reconnu. *V.* MM. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 354 ; COIN-DELISLE, *Comment.*, p. 51.]

Bien plus : M. Pardessus (*Cours de droit commercial*, t. 5, p. 274), pense qu'elle serait valablement faite dans les bureaux, en se conformant à ce qui sera dit ci-après sur l'arrestation d'un débiteur. C'est qu'en effet, le seul but de la prohibition de la loi est d'empêcher qu'on ne trouble l'autorité dans ses fonctions.

[[Cette décision n'est pas contestée. A la vérité, M. Thomine Desmazures, t. 2, p. 353, dit seulement qu'on pourrait arrêter le débiteur dans une salle *éloignée* de celle de l'audience; mais l'espèce de restriction que semble indiquer ce mot, outre qu'elle donnerait prise à l'arbitraire, dans une matière qui n'en comporte pas, est formellement repoussée par la combinaison du n° 4 de l'article 781, avec l'art. 4, tit. 3 de la loi du 15 germ. an VI, rappelé par M. Carré.

M. Coin-Delisle, *Comm.*, p. 50, partage cet avis.]]

2644. *Peut-on, avant ou après les séances des autorités constituées, arrêter dans les lieux où elles se tiennent, de même qu'on le peut dans les lieux destinés au culte, avant ou après les exercices religieux?*

Le législateur n'a pas eu moins de vénération pour les lieux consacrés à l'exercice du culte que pour ceux où se tiennent les séances des autorités constituées; et s'il n'a pas employé, dans la troisième disposition, le mot *seulement*, qui sert à expliquer qu'elle ne défend d'arrêter dans les temples que pendant les exercices religieux, on ne saurait en conclure qu'il eût voulu établir une différence, relativement aux lieux où se tiennent les séances des autorités constituées. On sent qu'il y aurait, au contraire, plus de motifs pour prohiber l'arrestation dans les premiers que pour l'interdire dans les seconds, puisque les uns offrent aux regards les objets sacrés du culte, tandis que les seconds ne présentent par eux-mêmes rien qui puisse les rendre plus inviolables que tout autre lieu, hors des temps où siégent les dépositaires de l'autorité administrative ou judiciaire. Telle est aussi l'opinion de M. Pardessus, *ubi suprà*.

[[On peut ajouter que la loi de germ. an VI portait défense d'exercer en ces lieux la contrainte *en aucun temps*, et que ces expressions furent supprimées aussi bien que le mot *enceinte*. La solution de M. Carré ne souffre donc point de doute. C'est aussi ce qu'admettent les autorités citées sur la question précédente.]]

2645. *Quelles sont les autorités que l'art.* 781 *désigne sous le titre* d'autorités constituées?

A parler exactement, ce titre, *autorités constituées*, n'appartient qu'aux autorités immédiatement créées ou maintenues par la Charte constitutionnelle; mais nous ne pensons pas que l'on doive expliquer dans un sens aussi resserré les expressions de l'art. 781; il nous semble qu'il a entendu désigner toute autorité ou fonctionnaire qui tient une séance ou audience. Ainsi, par exemple, on ne saurait dire que la contrainte par corps pût être valablement exercée, même en présence du juge de paix, durant les audiences des conseils de guerre, encore bien que ces autorités soient instituées et organisées par des dispositions qui ne font pas partie de la Charte.

Il nous paraît encore qu'il en serait de même, soit durant les leçons que donnerait un professeur dans un établissement public, soit pendant la tenue des colléges électoraux. Au reste, admettrait-on l'opinion contraire, par le motif que la loi ne s'est point formellement exprimée à cet égard, il serait toujours prudent, jusqu'à ce que la jurisprudence soit fixée, d'éviter de procéder à une arrestation dans les lieux que nous venons de désigner.

[[M. GINOUVIER, *traité de la Contrainte par corps*, p. 132, fait observer qu'il n'est pas permis d'effectuer une arrestation dans le lieu et pendant la tenue des séances d'un conseil municipal, et cette opinion, comme toutes celles de M. Carré qui précèdent, doit être admise, en vertu de ce principe universellement reconnu, qu'il faut donner à ces expressions *autorités constituées* toute la latitude raisonnable.]]

2646. *Peut-on arrêter un négociant dans les lieux et pendant les heures de bourse?*

On ne le pouvait faire autrefois, mais d'après le silence de nos lois actuelles, nous croyons qu'il en est autrement aujourd'hui. Cette décision nous semble d'autant plus sûre, que l'art. 794 du projet défendait d'arrêter *pendant la tenue des bourses*, et que cette disposition a été supprimée dans l'art. 781. (*Voy.* la *Quest.* 346.)

[[Elle a été supprimée sur l'observation du Tribunat qu'il serait contre toute raison et toute décence qu'un négociant condamné par corps, pour n'avoir pas rempli ses engagements, pût trouver un asile parmi ceux mêmes qu'il avait trompés; la doctrine de M. Carré, approuvée par MM. PIGEAU, *Comm.*, p. 465, et COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 50, est donc inattaquable.]]

2647. *Mais pourrait-on arrêter une personne quelconque dans le moment où elle remplirait une fonction ou profession dont il importe au public que l'exercice ne soit pas interrompu, et à laquelle l'emprisonnement l'empêcherait de vaquer?*

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 272, résout affirmativement cette question, qui, sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, n'eût pas souffert de difficulté. Il cite un arrêt rapporté par Denisart, au mot *Prison*, qui décidait qu'un berger ne pouvait être arrêté en gardant ses troupeaux. Il était également certain, autrefois, qu'un boucher ne pouvait être arrêté les jours et pendant la tenue des marchés. M. Pigeau convient qu'un boucher peut être arrêté aujourd'hui tous les jours auxquels il est permis d'exercer la contrainte; mais il semble admettre que le berger ne pourrait l'être dans la circonstance qui a motivé l'arrêt qu'il cite, et nous doutons que les tribunaux puissent admettre une telle exception.

On peut voir, dans les *Commentaires* de Jousse, de Rodier et de Serpillon, plusieurs autres exceptions qui étaient admises dans l'ancienne jurisprudence, et qui ne pourraient l'être aujourd'hui, parce qu'elles constituaient des prérogatives attachées à la qualité des personnes. Mais nous croyons, malgré le silence de la loi, qu'on ne pourrait arrêter un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions (*Voy.* Rodier, sur l'art. 13 du titre 34 de l'ordonnance), ni un militaire en activité de service, ainsi qu'il a été jugé par un arrêt cité par Jousse, sur l'art. 9. Ici notre opinion est fondée sur l'intérêt public, qui est la première de toutes les lois, et qui doit l'emporter nécessairement sur l'intérêt privé du créancier. Ce serait vainement que l'on opposerait, relativement au militaire, l'avis du conseil d'Etat du 7 therm. an VIII (Voy. *J. Av.*, t. 8, p. 451), qui déclare qu'il n'y a pas lieu à modifier, en faveur des conscrits, les dispositions des lois des 15 germ. et 4 flor. an VI (Voy. *J. Av.*, *eodem loco*, p. 145, n°s 1 et 2); il est évident que cet avis ne s'applique qu'au conscrit susceptible d'être appelé au service, non pas à celui qui l'a été, et qui dès lors n'est plus conscrit, mais soldat.

M. Pardessus, *ubi suprà*, admet formellement cette opinion, en disant que la décence publique ne permettrait pas d'arrêter un débiteur pendant qu'il

exerce une fonction publique extérieure; par exemple, un officier commandant un poste, un peloton.

[[Cette question ne peut être convenablement résolue qu'au moyen de quelques précisions :

1° Toutes les fois que l'arrestation qui n'est permise que dans un intérêt privé serait de nature à troubler un service public, et par conséquent à compromettre un intérêt public, elle ne peut avoir lieu. Il est universellement reconnu que l'arrestation d'un débiteur remplissant une fonction publique *extérieure*, d'un soldat en faction, d'un officier à la tête d'un peloton, etc., serait contraire à la décence publique; on peut aller plus loin, et soutenir, avec M. Carré et M. Thomine Desmazures, t. 2, p. 357, qu'il suffit que l'interruption du service soit de nature à occasionner un grave inconvénient. C'est en vertu de ce principe que l'art. 231 du Code de commerce défend d'arrêter, pour dettes civiles, le capitaine d'un vaisseau marchand, ou même les hommes de l'équipage, lorsqu'ils sont à bord, ou qu'ils s'y rendent en chaloupe pour faire voile, excepté dans quelques cas particuliers. Ici la prohibition formelle de la loi entraînerait la nullité de l'arrestation. Dans les cas où elle garde le silence, nous pensons que le débiteur, arrêté au moment où il remplit une fonction publique, doit demander à être conduit en référé devant le président du tribunal, qui ordonne l'élargissement, s'il y a lieu; s'il ne réclame pas et que, dans l'intervalle de l'arrestation à la demande en nullité, il soit pourvu aux besoins du service, il sera difficile de ne pas valider une arrestation que la loi n'a point défendue; mais l'huissier pourra, selon les circonstances, être passible de dommages-intérêts et même de peines disciplinaires.

2° La question de savoir s'il est permis d'arrêter un militaire en activité de service est plus délicate. M. Carré qui la résout ici négativement, s'était montré moins absolu sur la *Quest.* 2622. M. Pardessus, qu'il invoque, ne dit autre chose, sinon que l'arrestation ne peut avoir lieu au moment où le militaire remplit une fonction publique extérieure, ce que nous avons reconnu; mais quant à l'immunité que l'on veut tirer de son caractère, loin de la trouver écrite dans la loi, nous la voyons, au contraire, formellement repoussée, en principe, par un décret de la Convention nationale du 24 mess. an II, et par un arrêté du 7 therm. an VIII, à l'égard des conscrits appelés au service. L'article 63, titre 3 du règlement du 8 juillet 1791, en réputant démissionnaire l'officier qui, dans les deux mois d'un jugement portant contrainte, n'aura pas satisfait ses créanciers, a voulu, ce nous semble, non pas suspendre l'effet de ce jugement, mais remédier aux inconvénients de l'arrestation, en ce qui touche le service; ce règlement, d'ailleurs, est antérieur au décret précité de la Convention. Il n'est pas de profession qui assure à ceux de ses membres qui ne paient pas leurs dettes, le privilége de l'impunité; la question a été jugée en ce sens par le tribunal civil de la Seine, 30 avril 1833 (*J. P.*, 2e édit., 1834.2.218), par le tribunal supérieur d'Alger, 17 août 1836 (*Gazette des Tribunaux* du 8 sept. 1836); et MM. Coin-Delisle, *Comm.*, p. 53, et Cadrès, *Code de la contrainte*, p. 110, approuvent leur décision; cependant l'opinion contraire a été adoptée par la Cour de Caen, 22 juin 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 241; *J. P.*, 3e éd., t. 22, p. 1156), et par MM. Thomine Desmazures, t. 2, p. 357, et Félix, *Comm. sur la loi du* 17 *avril* 1832, p. 11, qui attribue à l'arrêt de Caen précité un trop grande autorité.

3° Une dernière précision concerne le dérangement que l'exercice de la contrainte pourrait occasionner à des intérêts privés, comme si l'on arrêtait un berger gardant ses troupeaux, un cocher conduisant une voiture publique; ici les raisons d'ordre public qui empêchent l'arrestation n'existant plus, nous croyons, avec M. Carré, que l'opinion de M. Pigeau est une extension inadmissible de la loi. Seulement nous pensons, avec MM. Thomine Desmazures,

t. 2, p. 357, et COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 53, que l'huissier devrait pourvoir à la sûreté des bestiaux, des chevaux, etc., sous peine de dommages-intérêts. C'est le moyen de concilier la volonté du législateur avec les convenances des particuliers.]]

2648. *Ne peut-on arrêter un débiteur dans les lieux consacrés au culte ou aux séances des autorités publiques, qu'avec l'assistance du juge de paix, et en vertu d'une ordonnance de sa part?*

Il faut l'assistance du juge, puisque la cinquième disposition veut qu'on en use ainsi, lorsque l'arrestation se fait *dans une* MAISON QUELCONQUE, comme nous l'avons dit *suprà*, p. 157, 2e note.

Nous ajouterons que, d'après un règlement de la préfecture de police de Paris, un boucher ne peut être arrêté dans le marché par un garde du commerce, qu'autant que cet officier est accompagné de l'inspecteur de police du marché. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 272.)

[[Il faut pourtant remarquer, avec M. COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 51, que l'inobservation de ce règlement de police n'entraînerait pas la nullité du procès-verbal.

Quant à la question elle-même, nous avons déjà reconnu, sur la note à laquelle renvoie M. Carré, que la décision de cet auteur était fondée.]]

[[**2648** bis. *Comment faut-il entendre ces expressions du n° 5 de l'art.* 781, MAISON QUELCONQUE?

Elles sont interprétées par la jurisprudence dans leur plus grande latitude.

La salle à boire d'un marchand de vin (Tribunal de Paris, 24 octobre 1827 *Gazette des Tribunaux*, n° 683), la boutique d'un restaurateur (Paris, 25 juin 1827; *Gaz. des Trib.*, n° 562), même les lieux qualifiés dépendances de la maison où se trouve le débiteur, tels que cours et jardins clos; Lyon, 10 juin 1824 (*J. P.*, 3e édit., t. 18, p. 782); Limoges, 7 mars 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 118), ont été avec raison compris dans les mêmes termes.

Il suit de là que, si l'huissier avait pénétré dans quelques-uns de ces endroits sans l'assistance du juge de paix, la résistance opposée par le débiteur qu'il voudrait contraindre à le suivre serait légitime, et, ne constituant pas la rébellion, n'emporterait pas les peines attachées à ce crime (arrêt de Lyon précité). Il faut toutefois ajouter que le débiteur devrait être poursuivi à raison des violences par lui exercées, même en ce cas, envers l'huissier qui d'ailleurs n'en aurait commis aucune à son égard.

La Cour de Bastia, 26 août 1826 (*J. Av.*, t. 33, p. 118; *J. P.*, 3e édit., t. 20, p. 848), a jugé avec raison que l'assistance du juge de paix n'était pas nécessaire pour arrêter un débiteur dans un navire, que l'extension la plus indulgente ne pouvait aller jusqu'à faire considérer comme une maison.]]

2649. *Les gardes du commerce ont-ils besoin de la permission et de la présence du juge de paix, pour arrêter un débiteur dans son domicile ou dans celui d'un tiers?*

D'après l'art. 15 du décret du 14 mars 1808, le débiteur peut être arrêté dans son domicile, sans qu'il soit besoin de la permission et de la présence du juge de paix, si ce n'est dans le cas où ce débiteur en refuserait l'entrée au garde.

Mais de ce que ce décret ne fait d'exception à la règle générale, posée en l'art. 781, qu'à l'égard de l'arrestation à faire au domicile même du débiteur,

on doit en conclure qu'il faut appliquer cet article lorsqu'elle doit être faite dans une maison tierce.

On ne considérerait pas comme maison tierce l'hôtel garni où le débiteur habiterait à titre de location. C'est ce qui a été jugé par arrêt de la Cour de Paris du 4 janv. 1810 (*J. P.*, 3e éd., t. 8, p.10; *S.* 15.2.193, et *J. Av.*, t. 8, p. 568).

[[Cette dernière solution est seule susceptible de quelque doute; il est bien difficile, en effet, de considérer comme *domicile* du débiteur l'hôtel garni où il s'est provisoirement logé. Mais cette expression ne doit pas être prise dans son sens le plus rigoureux. Toutes les fois qu'il est question de l'arrestation du débiteur, la loi doit naturellement considérer moins son domicile réel que sa résidence momentanée, et c'est en ce sens que nous avons expliqué certaines dispositions de l'art. 780. C'est donc de la résidence qu'a voulu parler l'art. 15 du décret de 1808, et dès lors, sa disposition s'applique à toute maison que le débiteur habiterait, n'importe à quel titre, et qu'on ne saurait considérer, du moins quant au local qu'il occupe, *comme maison tierce*.

MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 630, et COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 51, approuvent aussi la doctrine de cet arrêt.]]

2650. *Comment l'huissier doit-il procéder relativement à la réquisition à faire au juge de paix, et à la manière de constater la présence de ce magistrat à l'arrestation ?*

Nonobstant un arrêt de la Cour de Paris du 22 juin 1809 (*J. P.*, 3e édit., t.7, p. 642), cité par M. PAILLIET, dans son *Manuel du droit français*, p. 700, et rapporté au *Journal des Avoués*, t. 8, p. 557, lequel aurait décidé que l'huissier ne peut se transporter chez un débiteur sans être assisté du juge de paix et *muni de son ordonnance*, il est d'usage, autorisé par la jurisprudence, qu'on ne présente point de requête au juge de paix afin d'obtenir son ordonnance; l'huissier requiert verbalement, et constate lui-même dans son procès-verbal sa réquisition, l'ordonnance et le transport du juge, ainsi que tout ce que ce dernier fait et ordonne; il n'est donc pas besoin que le juge dresse un procès-verbal séparé (arg. de l'art: 78; *Voy.* Tarif, art. 6 et 52); et il a même été jugé par arrêt de la Cour de Paris du 25 fév. 1808 (S. 8.2.107, et *J. Av.*, t.8, p. 518), que le juge de paix, pour constater sa présence au procès-verbal d'arrestation, n'était pas, sous peine de nullité, obligé d'y apposer sa signature (1) (PIGEAU, t. 2, p. 271).

---

(1) M. Coffinière estime bien motivé le jugement de première instance qui avait admis l'opinion contraire à celle que la Cour de Paris a consacrée par l'arrêt précité du 25 fév. 1808; mais il n'ose fixer son opinion à cet égard, et laisse à son lecteur le soin de prononcer pour celle des deux décisions qui lui paraîtra plus conforme à la lettre et à l'esprit de la loi. Or, voici les motifs du jugement : « Attendu que le Code ordonne la « présence du juge de paix, et que sa signa- « ture au procès-verbal peut seule la consta- « ter. » L'arrêt porte, au contraire, « que « la loi n'exige pas que le juge de paix, pré- « sent au procès-verbal d'arrestation, y ap- « pose sa signature pour constater sa pré- « sence. (*V.* titre des *Saisies-exécutions*.)

Mais comme le procès-verbal est dressé par un officier public, nous croyons que l'on doit s'en tenir à la décision de l'arrêt, puisque ce procès-verbal, qui lui-même est authentique, atteste et justifie la présence du juge de paix, au moins jusqu'à inscription de faux. Au reste, il a été formellement décidé par la Cour de Colmar, le 10 déc. 1819 (*S.*, 21.2.22, et *J. Av.*, t. 8, p. 643), que l'arrestation faite dans une maison n'est pas nulle, par cela seul que le juge de paix qui l'a autorisée n'a pas rendu une ordonnance spéciale, existant en minute au greffe. Il suffit que, dans le fait, il en ait donné l'ordre, et qu'il ait accompagné l'officier ministériel(*).

(*) [La question de savoir si le juge de paix doit, à peine de nullité, signer le procès-verbal de l'huissier, est résolue en sens divers; à l'appui de l'affirmative, M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 466, cite par analogie les art. 587 et 922, Cod. proc., et l'art. 16, Cod. d'instr. crim. Mais l'opinion de M. Carré, appuyée par M. COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 51, nous paraît plus conforme aux principes.]

M. PARDESSUS, t. 5, p. 274, dit comme nous que l'huissier n'est pas astreint à mentionner qu'il a exhibé au débiteur l'ordonnance du juge de paix; mais, ajoute-t-il, *l'existence de la réquisition et de l'ordonnance suffit.* Sans doute, mais ces actes existent en ce qu'il sont constatés par l'huissier dans son procès-verbal, et non *séparément;* du moins nous ne pensons pas que le savant professeur de Code de commerce ait voulu laisser entendre qu'il fallût deux actes distincts et séparés.

[[Un arrêt de la Cour de Metz, 9 oct. 1816 (*J. Av.*, t. 8, p. 643; *J.P.*, 3e édit., t. 13, p. 641), a décidé, contrairement à l'opinion de M. CARRÉ, que la justification de l'accomplissement du devoir imposé à l'huissier ne pouvait résulter que de la représentation de l'ordonnance délivrée par le juge de paix. Mais l'opinion contraire se prévaut de deux arrêts de Colmar, 10 déc. 1819 (*J. Av.*, t. 8, p. 643), et de Lyon, 7 mai 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 109), dont le dernier a été jusqu'à décider que l'huissier n'avait pas besoin d'obtenir du juge de paix une ordonnance spéciale et préalable, la loi n'exigeant pas un acte écrit de cette nature.

Les auteurs ne sont pas moins divisés à ce sujet. M. Thomine Desmazures ne conçoit pas d'ordonnance possible sans la signature du juge. Mais la difficulté se résout par cette explication, donnée par l'arrêt précité de la Cour de Lyon, qu'il s'agit ici, non d'une *ordonnance*, mais d'un *ordre* que prouve suffisamment la présence du juge de paix au lieu de l'arrestation *ubi judex adest, ibi imperat*, la Cour de Metz a elle-même décidé, 30 déc. 1817 (*J. Av.*, t. 8, p. 633), qu'il suffisait que l'ordonnance annonçât le transport du juge, bien qu'elle n'autorisât pas l'entrée de la maison : Or, qu'est-ce qu'une *ordonnance* proprement dite qui n'ordonne rien, qui n'est pas obtenue sur requête, comme l'atteste M. Carré, que l'huissier n'est pas tenu de signifier au débiteur, ainsi que l'a jugé la Cour de Nancy, 22 juin 1813 (*J. Av.*, t. 8, p. 613)? Tout démontre donc que le caractère de cet acte a été mal compris par la Cour de Metz, et par les auteurs qui admettent sa doctrine. C'est du reste l'avis de MM. DALLOZ, t. 3, p. 793, et COIN-DELISLE, *Comment.*, p. 51]].

2651. *La capture du débiteur, faite en son domicile, sans permission ni assistance du juge de paix, est-elle validée par la survenance de ce magistrat avant l'emprisonnement ?*

Non, ainsi qu'il a été jugé par arrêt de la Cour de Paris du 22 juin 1809, cité sur la précédente question; d'où il suit que l'huissier doit être assisté par le juge de paix, au moment même où il s'introduit au domicile du débiteur.

Il convient de rapprocher de cette décision un arrêt de la Cour de Rennes du 27 janvier 1808 (S.15.2.204, et *J. Av.*, t. 8, p. 515), qui a décidé que si l'art. 781 défend d'arrêter le débiteur dans divers cas qu'il spécifie, il ne défend pas de faire perquisition de sa personne; qu'ainsi l'huissier ne viole pas l'asile de celui-ci, si, muni des pouvoirs du créancier, il y entre sans assistance du juge de paix, à l'effet de procéder *à une saisie-exécution*, et s'il fait en même temps la perquisition de ce débiteur, *en manifestant, toutefois, l'intention de ne l'arrêter qu'après avoir requis la présence du juge.*

Ainsi la Cour de Rennes a considéré que le fait d'arrestation diffère des actes de perquisition, qui ne sont que les moyens de parvenir à l'arrestation, et pour lesquels les mesures ordonnées par la cinquième disposition de l'art. 781 ne sont pas exigées.

L'espèce de cet arrêt est bien différente de celle qui était soumise à la Cour de Paris, puisque, dans cette dernière, l'huissier n'avait aucun autre motif que l'exercice de la contrainte, pour s'introduire au domicile du débiteur, où il avait déclaré l'arrestation avant l'arrivée du juge de paix. Il résulte de cette

différence que ces deux arrêts ne sont pas en opposition; mais nous ferons observer que ce serait par trop étendre les conséquences à tirer de la distinction faite par la Cour de Rennes, entre la perquisition et l'arrestation, que de prétendre qu'un huissier eût la faculté d'entrer au domicile à l'effet de perquérir, sauf à manifester l'intention de n'arrêter qu'après s'être conformé aux dispositions de l'art. 781. Si la circonstance de la saisie-exécution, pour laquelle l'huissier peut s'introduire au domicile sans permission ni assistance du juge, ne s'était pas trouvée dans l'espèce, il nous paraît certain que la Cour eût rendu une décision contraire.

[[L'opinion de M. COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 51, est conforme à celle de M. Carré, ainsi qu'un arrêt de la Cour de Limoges du 7 mars 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 118 ; *J. P.*, 3e édit. t. 21, p. 1329). Nous ne la croyons pas susceptible d'une controverse sérieuse.

L'assistance du juge de paix n'est pas moins nécessaire à l'huissier, pour pénétrer dans une maison tierce, qu'au domicile même du débiteur. *Voy.* arrêt d'Aix, 17 juin 1835 (*J. Av.*, t. 51, p. 585), et notre *Quest.* 2672.

Mais il en serait autrement, comme le dit M. THOMINE-DESMAZURES, t. 2, p. 355, si le propriétaire de la maison tierce consentait à l'arrestation ; car il ne peut être forcé à conserver chez lui tout individu qui viendrait s'y réfugier.]]

[[**2651** bis. *L'huissier, en attendant l'arrivée du juge de paix, peut-il prendre des mesures pour empêcher l'évasion du débiteur, par exemple établir les témoins à sa porte ?*

La Cour de Toulouse, 20 août 1827 (*J. Av.*, t. 37, p. 168; *J. P.*, 3e édit., t. 21, p. 753), a décidé que ces faits ne constituaient pas une violation de domicile, mais une simple mesure de précaution. En citant cet arrêt, nous l'accompagnâmes (*eod. loco*) de quelques réflexions critiques; nous faisions remarquer que le droit de cerner la maison du débiteur était taxativement attribué à l'huissier dans le cas de rébellion. En faveur de cette doctrine, on peut citer une décision de la Cour de Limoges, 7 mars 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 118), annulant un emprisonnement lors duquel, en attendant l'arrivée du juge de paix, l'huissier avait fait retenir le débiteur par les personnes qui l'accompagnaient. M. COIN-DELISLE, *Comment.*, p. 51, en admettant cette doctrine, approuve cependant l'arrêt de la Cour de Toulouse, mais seulement parce que, dans l'espèce où il avait été rendu, il suppose que les témoins étaient en vedette et sans intention d'arrêter le débiteur, qui par conséquent n'aurait pas été cerné dans son domicile, ni obligé d'y demeurer jusqu'à l'arrivée du juge de paix, ce qui n'est pas conforme, il faut le dire, aux termes dans lesquels a été rendu cette décision.

Quoi qu'il en soit, il est reconnu par cet auteur, et nous tenons aussi pour constant, que la violence ou les entraves apportées par les témoins à la sortie du débiteur entraîneraient la nullité de l'arrestation. Mais quand ce dernier ne s'est pas mis à même, en essayant de sortir, d'éprouver s'ils ont été laissés à la porte pour le surveiller ou pour le contraindre, tout se réduirait le plus souvent à une question d'intention dont le tribunal serait le seul juge. On peut ajouter encore que la vue d'hommes laissés à sa porte par l'huissier, chargés de son arrestation, peut occasionner au débiteur une crainte qu'il serait permis de considérer comme une violence morale, ou tout au moins l'appréhension d'en être suivi, et bientôt après arrêté. Mais ces considérations nous touchent peu. Le seul fait d'avoir laissé ses témoins à la porte du débiteur ne présente pas le caractère d'une violence de nature à faire assez d'impression, suivant les termes de l'art. 1112; Cod. civ., sur une personne raisonnable, pour paralyser sa

volonté. L'appréhension d'être saisi dans la rue est beaucoup mieux fondée. Mais, et c'est une réflexion que ne font peut-être pas assez souvent la plupart des auteurs qui traitent ces matières, il faut considérer que la contrainte par corps est presque toujours la ressource extrême d'un créancier poussé à bout vis-à-vis d'un débiteur de mauvaise foi, qui *peut*, mais ne *veut* pas remplir ses obligations, et qui n'a nul droit de se plaindre, lorsque les garanties que la loi accorde à la liberté des individus et à l'inviolabilité du domicile ont été scrupuleusement accomplies à son égard.

L'arrêt de la Cour de Rennes, cité par M. Carré, sous la question précédente, ne change rien à ces principes, puisqu'il ne décide autre chose sinon qu'un huissier ne viole pas le domicile du débiteur, qui y pénètre pour tout autre motif que celui de son arrestation, ce qui ne peut être contesté.]]

2652. *Si le juge de paix du canton ne faisait pas droit à la réquisition de l'huissier, celui-ci pourrait-il requérir un autre juge de paix ?*

Si le juge de paix, dit M. Pardessus, ne peut ou ne veut pas ordonner l'arrestation dans la maison où se trouve le débiteur, ni s'y transporter avec l'huissier pour y procéder, ce dernier peut requérir le juge de paix d'un autre canton.

On ne pourrait contester, sans doute, que l'huissier soit autorisé, en cas d'empêchement ou de refus du juge de paix du canton, de requérir un autre juge de paix; autrement il arriverait que l'arrestation n'aurait pas lieu au moment qu'il conviendrait de saisir, et qui peut-être ne se présenterait plus; mais nous pensons qu'avant de requérir le juge de paix d'un autre canton, l'huissier devrait s'adresser au suppléant du juge de paix désigné par la loi, et que ce ne serait qu'en cas d'empêchement ou de refus de ce dernier, qu'il lui serait permis de requérir le juge de paix du canton le plus voisin.

On objecterait vainement que la loi indique le juge de paix du canton et non pas son suppléant, encore moins le juge de paix d'un autre canton. A l'égard du suppléant, il est apte à remplacer le juge titulaire toutes les fois que celui-ci est empêché; à l'égard du juge de paix du canton voisin, il est de toute évidence qu'il est compétent à défaut de son confrère et de son suppléant; c'est toujours lui que la loi indique en semblable cas. (*Voy.* ce que nous avons dit sur les récusations des juges de paix, t. 1, p. 190 et suiv.)

[[Il faut reconnaître avec M. Carré, qu'à défaut du juge de paix, il y a lieu de s'adresser à son suppléant. Ce point, reconnu par M. COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 51, et sanctionné par un arrêt de Colmar, 12 mai 1828 (*J. Av.*, t. 37, p. 333), ne souffre point de difficulté. Ce même arrêt a encore décidé avec raison que l'absence du juge titulaire est suffisamment constatée par l'ordonnance du suppléant et son transport dans la maison du débiteur.

Mais irons-nous jusqu'à dire, avec M. Carré, que, sur le refus du juge ou de son suppléant, l'huissier pourra s'adresser au juge de paix d'un autre conton ? Non; nous ne le croyons pas. L'art. 781 exige la présence du juge de paix du lieu, et ce n'est pas là une vaine énonciation, mais une garantie que l'arrestation ne sera point exécutée sans de justes motifs. Le refus du juge de paix met évidemment l'huissier dans l'impossibilité de passer outre, sauf, en ce cas, la responsabilité que ce fonctionnaire prend sur lui. (*Voy.* notre question suivante.) En cas d'empêchement légitime de sa part, le refus de ses suppléants doit produire le même effet. C'est uniquement dans l'hypothèse, assez improbable, où ceux-ci se trouveraient également empêchés, qu'il y aurait lieu de recourir, par analogie de la loi du 16 vent. an XII, au juge de paix du canton le plus voisin. Encore ce point n'est-il pas sans difficulté. Mais rejeter absolument, comme le fait M. COIN-DELISLE, *Comment.*, p. 51, l'application, par analogie, de cette loi,

combinée avec le règlement du 14 mars 1808, art. 15, c'est se mettre gratuitement dans l'impuissance de résoudre une hypothèse, qui se présentera, il est vrai, assez rarement.

Ce dernier auteur fait la remarque, *eod. loco*, qu'à Paris, qui n'est d'ailleurs qu'une commune, tout juge de paix assiste valablement le garde du commerce chargé de procéder à la contrainte. C'est la disposition formelle de l'art. 15 du décret du 14 mars 1808.]]

[[**2652** bis. *Le juge de paix, dans le cas où il refuserait d'ordonner l'arrestation d'un débiteur, pourrait-il être passible de dommages-intérêts ?*

C'est la conséquence du droit exclusif que la loi lui accorde, et de l'impuissance où son refus met le créancier d'exécuter le jugement de condamnation. Il peut y avoir là, selon les circonstances, déni de justice, dans les termes de l'art. 506, Cod. proc. civ., Telle est l'opinion de M. PARDESSUS, t. 5, n° 1514. Mais ce déni de justice ne résulte pas du seul fait d'avoir refusé d'ordonner l'arrestation d'un débiteur. Il est des cas dans lesquels le devoir du juge de paix serait de ne pas accorder cette autorisation, et d'autres où il s'en dispenserait valablement, si, par exemple, il s'agissait de faire des perquisitions dans une maison où il ne soit pas bien sûr que le débiteur se trouve : la dignité de ce magistrat souffrirait peut-être de courses infructueuses, qu'il est du devoir de l'huissier de lui épargner. C'est une observation fort juste de M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 354.]]

ART. 782. Le débiteur ne pourra non plus être arrêté, lorsqu'appelé comme témoin devant un directeur de jury, ou devant un tribunal de première instance, ou une Cour royale ou d'assises, il sera porteur d'un sauf conduit.

Le sauf-conduit pourra être accordé par le directeur du jury, par le président du tribunal ou de la Cour où les témoins devront être entendus. Les conclusions du ministère public seront nécessaires.

Le sauf-conduit règlera la durée de son effet, à peine de nullité.

En vertu du sauf-conduit, le débiteur ne pourra être arrêté, ni le jour fixé pour sa comparution, ni pendant le temps nécessaire pour aller et pour revenir.

[Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 269, nos 26 à 29.] — Loi du 15 germ. an VI, tit. 3, art. 8. — Cod. proc. civ., art. 30, 266, 432, 794.—[Notre Dict. gén. de proc., v° *Contrainte par corps*, nos 292 à 305. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 550 à 557.— Locré, t. 22, p. 326, n° 18, et p. 495, n° 110.

QUESTIONS TRAITÉES : Les juges de paix et les tribunaux de commerce peuvent-ils accorder un sauf-conduit au témoin appelé devant eux ? En quelles circonstances ces derniers tribunaux peuvent-ils en accorder au failli ? *Q.* 2653. — L'organisation actuelle de la justice criminelle apporte-t-elle quelques changements à la première disposition de l'art. 782 ? *Q.* 2654. — N'est-il, d'après ce que nous avons dit, *Quest.* 2653, aucun cas dans lequel le tribunal de commerce puisse accorder un sauf-conduit ? *Q.* 2655. — Les tribunaux de commerce ont-ils le droit d'ordonner la mise en liberté provisoire avec sauf conduit du debiteur incarcéré antérieurement à sa faillite ? *Q.* 2655 *bis.* — L'exercice de la contrainte par corps serait-il valable, si le sauf-conduit avait été irrégulièrement accordé ? *Q.* 2656. — Est-il des personnes qui jouissent d'une sorte de sauf-conduit légal ? *Q.* 2657. — L'exécution de la contrainte par corps peut-elle être arrêtée par un sauf conduit accordé au débiteur non appelé en témoignage ? En d'autres termes, le sauf-conduit accordé au débiteur hors du cas prévu par la loi est-il nul de plein droit ? *Q.* 2658. — Y aurait-il nullité du sauf-conduit qui n'exprimerait pas le temps pendant lequel il produirait son effet ? *Q.* 2659. — Lorsqu'un sauf-conduit est accordé sous des conditions qui ne rentrent pas dans les prescriptions de l'art. 782, leur inobservation en entraîne-t-elle la nullité ? *Q.* 2659 *bis.* — Les effets du sauf-conduit peuvent-ils s'étendre à toutes arrestations autres que celles qui dérivent d'une condamnation par corps ? *Q.* 2660.]

DXVI. Nous avons déjà parlé des sauf-conduits, et nous avons dit par qui et comment la demande en est formée. (V. *Quest.* 1042, t. 2, p. 599.) On se rappelle que le sauf-conduit est une défense faite par la justice d'exécuter la contrainte par corps contre le débiteur y dénommé.

[[L'art. 782 règle tout : causes du sauf-conduit, autorités qui le délivrent, formes de la délivrance et durée de la franchise.

Comme nous l'avons déjà dit à ce sujet, dans notre *Comment. du Tarif*, t. 2, p. 270, n° 28, toute procédure afin d'obtenir un sauf-conduit serait frustratoire. La Cour de Paris, 28 fév. 1810 (*J. Av.*, t. 8, p. 572), a jugé avec raison qu'il ne peut être interjeté appel de l'ordonnance qui l'accorde (*V.* notre *Quest.* 378, t. 1, p. 464).

Quant à la demande en prorogation de sauf-conduit, elle doit être formée de la même manière et devant les mêmes juges que la demande en obtention ; c'est ce qui résulte explicitement d'un arrêt de Lyon, 14 déc. 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 33, et *J. P.*, 3e édit., t. 21, p. 952).

Les conclusions du ministère public étant nécessaires, le sauf-conduit doit en faire mention, comme l'a remarqué M. PARDESSUS, n° 1515.]]

2653. *Les juges de paix et les tribunaux de commerce peuvent-ils accorder un sauf-conduit au témoin appelé devant eux? En quelles circonstances ces derniers tribunaux peuvent-ils en accorder au failli?*

Par un avis du conseil d'Etat du 30 avril 1807, approuvé le 30 mai suivant, il a été décidé que l'art. 782, afin de restreindre un pouvoir trop étendu dont on pouvait craindre l'abus, n'a pas voulu que les juges de paix pussent à l'avenir accorder de sauf-conduits, puisqu'ils ne sont pas dénommés dans cet article, comme ils l'étaient dans la loi du 15 germinal, et que d'ailleurs ils n'ont point de ministère public; que cette faculté est également interdite aux tribunaux de commerce, et par les mêmes motifs, et qu'enfin les parties ou les témoins en état de contrainte par corps doivent s'adresser au président du tribunal civil de l'arrondissement, qui, sur la présentation du jugement d'enquête, et sur les conclusions du ministère public, délivre, s'il y a lieu, le sauf-conduit nécessaire. (Voy. *Circulaire du ministre de la justice* du 8 sep. 1807; S. t. 8, p. 30; la *Quest.* 1042, et *J. Av.*, t. 8, p. 506) (1).

[[Cette opinion de M. Carré repose sur l'avis du conseil d'Etat du 30 avril 1807. Elle est, d'après le même fondement, adoptée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 686; PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 46; PARDESSUS, n° 1515, et DALLOZ, t. 3, p. 797, et nous en avions nous-même reconnu la justesse sous la *Quest.* 152, dont celle-ci n'est qu'une reproduction littérale. Mais M. COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 51, fait observer que cet avis du conseil d'Etat, formel d'ailleurs, n'a pas été inséré au bulletin des lois ; qu'il manque par conséquent de force obligatoire. Nos recherches pour parvenir à sa découverte ont été aussi infructueuses que celles de ce consciencieux écrivain.

A la vérité, et c'est ce qui a trompé tous les auteurs qui ont écrit sur ce sujet, l'avis du conseil d'Etat se trouve rappelé, avec les motifs qui l'ont dicté, dans la circulaire du ministre de la justice, citée plus haut par M. Carré; mais cette circulaire n'a pu évidemment lui donner l'efficacité dont il est dépourvu.

Cet oubli toutefois est d'autant plus fâcheux qu'il laisse dans l'incertitude le

---

(1) Mais il faut remarquer qu'encore bien que les tribunaux de commerce ne puissent en général accorder de sauf-conduits, néanmoins ces tribunaux, et même le juge-commissaire nommé à une faillite, peuvent en accorder dans les cas prévus par les art. 466 et suivants du Code de commerce.

point important de savoir si les juges de paix et les tribunaux de commerce, qui ont, comme tous les tribunaux, le besoin de s'éclairer pour rendre une décision équitable, se trouvent dans l'impuissance d'user des moyens d'instruction que la loi accorde indistinctement à toutes les autres juridictions.

On peut dire en effet qu'en l'absence de cet avis du conseil d'Etat, on retombe sous l'empire de la seconde disposition de l'art. 782, d'après laquelle le sauf-conduit doit être accordé par le président du tribunal devant lequel le débiteur est appelé à déposer comme témoin. Si donc le sauf-conduit est délivré par le président du tribunal de première instance à fin de comparution devant le juge de paix, cet acte émanera d'une autorité incompétente, il semble alors que le créancier sera en droit de saisir le porteur du sauf-conduit, et ce dernier par conséquent de se refuser à comparaître à l'audience.

Il est certain d'ailleurs que le législateur, qui avait d'abord aboli les sauf-conduits, à raison des abus qu'ils entraînaient, a entendu, comme condition de leur rétablissement, limiter les personnes par qui ils pourraient être accordés (LOCRÉ, t. 22, p. 496), et au nombre de ces personnes ne se trouvent ni les juges de paix ni les membres des tribunaux de commerce.

Comme il est aisé de le voir, on n'a plus, dans la décision à prendre, que le choix des inconvénients.

Il nous paraît juste dès lors d'opter pour le moins grave. Puisque les juges de paix et les tribunaux de commerce ont le droit d'ordonner une enquête, il faut que cette enquête soit sérieuse et efficace; la loi, qui veut la fin, doit vouloir aussi les moyens.

Que ces tribunaux n'aient pas, par eux-mêmes, le droit de délivrer le sauf-conduit, c'est ce qui résulte de l'art. 782 : quelle autorité donc sera plus compétente que le président du tribunal civil de qui les attributions, en matière de contrainte par corps, sont si étendues...?

L'avis du conseil d'Etat ne subsiste pas comme loi, nous le voulons bien, mais il reste comme raison écrite.

La partie qui croira nécessaire l'audition d'un témoin sous le coup de la contrainte par corps s'adressera donc à ce magistrat qui, s'il partage sa conviction, délivrera un sauf-conduit, dans l'intérêt de la bonne justice. Le temps auquel il est limité, les conditions de son obtention rendent d'ailleurs tout abus impossible; et quel tribunal validerait, en de telles circonstances, l'arrestation du porteur qui, à l'appui de sa bonne foi, peut invoquer jusqu'à des actes du pouvoir exécutif? *Error communis facit jus.*

Nous persistons par conséquent dans l'opinion que nous avons déjà émise, sans nous dissimuler les difficultés qu'une disposition législative peut seule faire disparaître.]]

2654. *L'organisation actuelle de la justice criminelle apporte-t-elle quelques changements à la première disposition de l'art.* 782?

Elle n'en apporte aucun, si ce n'est qu'il faut substituer au directeur du jury le juge d'instruction, et aux Cours de justice criminelle, les Cours prévôtales, si des circonstances, que nous aimons à croire ne devoir pas arriver, donnaient lieu à l'application de l'art. 63 de la Charte constitutionnelle.

Ces Cours en effet seraient des Cours de justice criminelle.

[[La première partie de l'explication de M. Carré est incontestable; quant aux Cours prévôtales qu'il désirait voir fonctionner le moins possible, son vœu a été accompli. L'art. 53 de la Charte de 1830 statue qu'il ne pourra être créé de commissions et de tribunaux extraordinaires, à quelque titre et sous quelque dénomination que ce puisse être.]]

2655. *N'est-il, d'après ce que nous avons dit, au n° 2653, aucun cas dans lequel le tribunal de commerce puisse accorder un sauf-conduit ?*

Les tribunaux de commerce peuvent accorder un sauf-conduit au failli soit sans caution, soit avec caution, lorsqu'ils lui accordent sa liberté provisoire, conformément aux art. 466 et 467, Cod. comm. [[472 et 473 de la loi du 28 mai 1838.]]

Ce sauf-conduit subsiste tant que dure l'état *de faillite*, ou jusqu'à ce qu'il soit révoqué, et par conséquent l'arrestation du failli qui aurait lieu avant la révocation de ce sauf-conduit serait nulle, ainsi qu'il a été jugé par arrêt de la Cour de Paris du 12 fév. 1817, cité par MM. Mongalvy et Germain dans leur *Analyse raisonnée du Code de commerce*, t. 2, p. 202. (V. *J. P.*, 3e éd., t. 14, p. 75.) Nous pensons en outre, avec ces auteurs, que le tribunal aurait le droit de révoquer le sauf-conduit, si l'on s'apercevait que le débiteur abusât de sa liberté (1). [[Art. 456 de la loi du 28 mai 1838.]]

[[Cela n'est pas douteux. La même Cour de Paris, 10 fév. 1815 (*J. Av.*, t. 22, p. 315, et *J. P.*, 3e édit., t. 12, p. 581), en application de cette doctrine, a jugé que le droit du tribunal de commerce embrassait tous les cas où le débiteur, jouissant de sa liberté au moment de la faillite, n'a été arrêté que par son ordre et en vertu de la loi commerciale.]]

[[**2655** bis. *Les tribunaux de commerce ont-ils le droit d'ordonner la mise en liberté provisoire, avec sauf-conduit, du débiteur incarcéré antérieurement à sa faillite?*

La difficulté semble ici plus grave que sur la précédente question. On peut dire qu'en cette matière toute attribution est limitative et qu'il ne convient pas de l'étendre hors de ses termes. Mais la réponse est facile : l'art. 472, Cod. comm., ne limite pas le droit du tribunal, au cas où l'arrestation serait postérieure à la faillite : il faut donc voir si cette précision résulte de la nature des choses. Or, il est certain que, par l'effet du dessaisissement qu'entraîne la déclaration de faillite, les créanciers chirogaphaires se trouvent tous sur la même ligne et que l'acte par lequel le débiteur favoriserait l'un au préjudice des autres ne produirait aucun résultat. Ainsi, le droit de payer étant transféré du débiteur aux syndics, l'exercice de la contrainte par corps ne s'explique plus que dans l'intérêt de la masse, dont le tribunal est l'appréciateur naturel. Considérée comme moyen de concession par rapport aux créances particulières, ce n'est plus qu'une rigueur inutile, un effet sans cause. Cette opinion, qui est aussi celle de M. Coin-Delisle, *Comm.*, p. 66, a été consacrée par arrêt de la Cour de Pau, 26 août 1824 (*J. P.*, 3e éd., t. 18, p. 1005).

Il semble que l'on devrait, comme conséquence de cette opinion, rejeter toute intervention ou opposition de la part des créanciers, à l'égard du jugement qui accorde sauf-conduit à leur débiteur, jugement auquel la disposition même de l'art. 473, Cod. comm., tendrait à les faire considérer comme étrangers, et c'est ce qu'a décidé la Cour de Colmar, 17 janv. 1824 (*J. P.*, 3e éd., t. 18, p. 354). Néanmoins l'opinion contraire, enseignée par M. Pardessus, n° 1149, a été admise par l'arrêt de Pau précité et par un autre arrêt de la Cour de Rouen, 2 avril 1827 (*J. P.*, 3e édit., t. 21, p. 317). Ces dernières décisions se justifient en ce

---

(1) Nous substituons cette question à celle que nous avions traitée au même n° 2655 de notre première édition, attendu qu'il nous était échappé de faire un double emploi, en posant de nouveau cette même question, n° 2659.

qu'il peut être de l'intérêt d'un créancier d'intervenir dans le cas, unique il est vrai, où la conduite du failli serait entachée de fraude et de mauvaise foi. Sa présence dans la cause est d'ailleurs un moyen d'éclairer la justice du tribunal, et d'empêcher un élargissement provisoire qu'autoriserait seule la bonne conduite du commerçant incarcéré.

De ce que le créancier ne peut intervenir dans l'instance qu'à raison de faits personnels au débiteur, il résulte évidemment que l'action doit être intentée contre ce dernier, et non contre les syndics de la faillite. Cette simple considération doit faire disparaître les difficultés élevées à ce sujet devant les tribunaux.]]

2656. *L'exercice de la contrainte par corps serait-il valable, si le sauf-conduit avait été irrégulièrement accordé?*

C'est encore l'opinion de M. Pardessus, t. 5, p. 275, mais nous nous croyons bien fondé à penser autrement, et toujours par cette raison qu'il suffit, d'après les termes généraux de l'art. 782, que le débiteur *soit porteur d'un sauf-conduit*. Toute loi doit être entendue dans un sens favorable à la liberté. Or, ici, elle est conçue en termes clairs et précis, et il faudrait, pour que l'exécution de la contrainte fût valable, qu'elle prononçât en termes formels que l'irrégularité emporte de plein droit la nullité du sauf-conduit. Nous chercherions vainement une semblable disposition.

[[Si la doctrine de M. Carré était admissible (*V.* la *Quest.* 2659), il suffirait, pour renouveler tous les abus que le législateur a voulu prévenir par les conditions qu'il a mises à l'obtention d'un sauf-conduit, et pour assurer effectivement l'impunité au débiteur, que ce dernier présentât un acte de ce genre, de quelque irrégularité qu'il fût entaché, et par cela seul qu'il porterait ce nom. Or, il est évident que la loi, non moins que la raison, résiste à une pareille conséquence. M. Carré l'a reconnu lui-même, en approuvant, sous la *Quest.* 2658, un arrêt de Cassation qui déclarait *nul de plein droit* un sauf-conduit accordé hors des termes de l'art. 782 : mais cet article ne distingue pas entre ces diverses sortes d'irrégularités. On alléguerait encore en vain que le débiteur a dû compter sur un acte émané de la volonté du juge. Le débiteur n'a pu ignorer la loi, et, quant à la décision judiciaire, elle est complétement étrangère au créancier qui n'y a pas été partie. Nous croyons donc, avec MM. MERLIN, *Répert.*, v° *Sauf-conduit*, n° 4; BERRIAT SAINT-PRIX, p. 629 ; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 356, et COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 54, qu'il sera permis au créancier, dans tous les cas d'irrégularité du sauf-conduit, de passer outre à l'emprisonnement, et si nous avons nous-même, sous la *Quest.* 2653, admis une restriction à ce principe, c'est à raison de circonstances toutes particulières et sans nous en dissimuler les dangers. Du reste, on pourrait induire de la note de M. Carré sur la *Quest.* 2688, que notre auteur a abandonné son opinion sur ce point.

M. DALLOZ, t. 3, p. 797, note 2, paraît vouloir distinguer entre les diverses sortes d'irrégularités : « Nous ne pouvons croire, dit cet auteur, qu'une erreur légère sur les noms et prénoms, que l'omission de la mention des conclusions du ministère public, soient des irrégularités assez fortes pour paralyser l'effet d'un sauf-conduit.» Il est facile de discerner ce qu'il y a de vrai et d'erroné dans cette doctrine. Une erreur légère sur les nom et prénoms, lorsqu'elle est de nature à ne tromper personne, n'est jamais une cause de nullité, ce n'est pas une irrégularité proprement dite. Il en serait autrement du défaut de mention des conclusions du ministère public, que l'art. 782 exige expressément.]]

2657. *Est-il des personnes qui jouissent d'une sorte de sauf-conduit légal?*

Oui, suivant la juste observation de M. PARDESSUS, t. 5, n° 1509, p. 265;

ce sont les pairs de France et les membres de la Chambre des Députés : les premiers, en ce qu'aux termes de l'art. 29 de la Charte contitutionnelle, on ne peut exercer contre eux la contrainte, sans avoir obtenu une autorisation de la Chambre dont ils font partie; les seconds, en ce qu'ils ne peuvent être arrêtés, dit l'art. 44, pendant la session des Chambres, et dans les six semaines qui l'ont précédée ou suivie.

[[Comme on le voit, le privilége dont jouissent les députés est, dans un sens, plus étendu que celui des membres de la pairie, qui ne les dispense pas de plein droit d'une arrestation en matière civile, mais seulement la subordonne à une autorisation de la Chambre. Celle-ci, il est vrai, avait décidé, le 22 avril 1822, qu'elle refuserait toute permission de poursuivre l'un de ses membres pour dettes purement civiles; mais c'est là une décision qui ne liait point la Chambre, et elle-même revint sur sa jurisprudence par un arrêté du 4 déc. 1830, qui reçut, le 29 janv. 1831, une application presque immédiate (*J. Av.*, t. 24, p. 123; t. 32, p. 353; t. 42, p. 247, et t. 43, p. 419).

Il importe peu, d'ailleurs, que la dette, à raison de laquelle a été prononcée la contrainte par corps, soit antérieure ou non à la promotion à la pairie, ou bien que le membre qui l'a contractée n'ait pas encore été admis à siéger. Son titre de pair est une protection suffisante dans tous les cas. C'est ce qu'a décidé avec raison la Cour de Paris, 13 nov. 1831 (*J. P.*, 3e édit. t. 24, p. 312), après la Cour des Pairs elle-même, 20 sept. 1831 (*J. P.*, 3e édit., t. 24, p. 248).]]

2658. *L'exécution de la contrainte par corps peut-elle être arrêtée par un sauf-conduit accordé au débiteur non appelé en témoignage?*
En d'autres termes, *le sauf-conduit accordé au débiteur hors du cas prévu par la loi est-il nul de* PLEIN DROIT?

Cette question a été jugée pour l'affirmative, par application de l'art. 4 du titre 3 de la loi du 15 germ. an VI, par arrêt de la Cour de cassation du 17 fév. 1807 (*Voy.*, S. 7.1.168, et *J. Av.*, t. 8, p. 498). L'arrêt attaqué avait prononcé de la même manière, attendu, 1° que, d'après cet article, la condamnation par corps ne peut être arrêtée dans son exécution que dans le cas où le condamné, appelé comme témoin, est porteur d'un sauf-conduit; 2° que, dans l'espèce, ce sauf-conduit avait été accordé, non pour un témoignage à rendre, mais seulement afin que la partie assignée fût présente à l'instruction de sa propre cause, dans laquelle, si sa présence était nécessaire, elle pouvait avoir lieu dans l'état même d'arrestation (*Voy.* nos questions sur l'art. 798); 3° qu'il résultait de là que la partie qui avait obtenu la contrainte par corps avait pu, nonobstant le sauf-conduit accordé dans un autre cas que celui de la loi, mettre à exécution le jugement à ses risques et périls, sauf à plaider ensuite sur la validité de ce sauf-conduit.

Par l'arrêt précité, la Cour suprême a décidé que les juges d'appel avaient fait une juste application de la loi. On remarquera sans doute que la disposition de l'art. 4 de la loi du 15 germ. se retrouve équivalemment dans l'art. 782 du Code, et que, conséquemment, il faut aujourd'hui décider de la même manière la question ci-dessus posée (1).

---

(1) Il en serait de même, comme le fait observer M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 479, si le sauf-conduit n'était pas limité, puisqu'en ce cas la loi le déclare nul.

Cette question nous fournit l'occasion de remarquer que les juges à qui la loi confère le droit d'accorder des sauf-conduits aux personnes condamnées par corps doivent être attentifs à ne pas les étendre au delà du temps strictement nécessaire pour que ces personnes puissent venir porter témoignage et retourner au lieu duquel elles sont venues. (Voy. *Quest. de droit de* M. MERLIN, au mot *Sauf-conduit*, t. 4, p. 544.)

[[Nous avons déjà décidé, sous la *Quest.* 2656, que le sauf-conduit irrégulier, de quelque manière que ce puisse être, est nul de plein droit, et n'apporte aucun obstacle à l'exercice de la contrainte ; toute la difficulté consiste donc à savoir s'il est interdit aux tribunaux d'accorder des sauf-conduits à d'autres fins que de venir déposer en justice.

L'affirmative, enseignée ici par M. Carré, a été également adoptée par MM. Favard de Langlade, t. 1, p. 686, et Coin-Delisle, *Comm.*, p. 54; ce point n'est pourtant pas, ce nous semble, sans quelques difficultés. M. Jourde, avocat général à la Cour de cassation, faisait observer, dans les conclusions qui précédèrent l'arrêt précité, qu'il est des cas où un débiteur, sous le coup de la contrainte par corps, ne peut se dispenser de comparaître en justice; lorsqu'il s'agit, par exemple, d'affirmations à faire ou de déclarations à fournir en personne à l'audience, en vertu de jugements qui l'ordonnent ainsi ; ce qui le met dans l'alternative de perdre sa liberté, s'il se présente, ou d'être mulcté s'il ne se présente pas.

Quoique cet argument paraisse n'être pas dénué de force, il est néanmoins facile de le réfuter. Lorsque la loi permet d'accorder sauf-conduit au débiteur, c'est dans l'intérêt d'un tiers, souvent dans l'intérêt de la justice. Mais en ce qui concerne ses affaires personnelles la même protection ne lui est pas due ; il comparaîtra en justice à ses risques et périls; et s'il est arrêté par ses créanciers, il ne doit s'en prendre qu'à lui-même. C'est assez dire que nous désapprouvons l'expédient proposé dans ce cas par M. Billequin, dans le *Journal des Huissiers*, t. 17, p. 259, et qui consisterait à faire transporter le tribunal, ou tout au moins un juge commis au domicile du débiteur; expédient d'ailleurs inapplicable en bien des cas, par exemple, pour les déclarations à faire à l'audience. Dans toutes les questions où il s'agit de contrainte par corps, on ne réfléchit pas assez que le débiteur menacé est toujours en faute, et le plus souvent de mauvaise foi.

D'ailleurs, l'art. 782 est limitatif; il se restreint au cas où le débiteur serait appelé à venir déposer comme témoin. C'est donc à tort que le tribunal de la Seine, 19 juin 1841 (*J. Av.*, t. 60, p. 384), a cru devoir accorder un sauf-conduit à un plaignant, appelé devant lui pour lui donner des renseignements utiles à former sa conviction.]]

2659. *Y aurait-il nullité du sauf-conduit qui n'exprimerait pas le temps pendant lequel il produirait son effet?*

L'omission de cette précaution le rendrait nul, dit M. Pardessus, t. 5, p. 276, et si même il était d'un terme plus long qu'il n'est nécessaire, la justice pourrait n'y avoir aucun égard ; enfin s'il était irrégulièrement accordé, la contrainte exercée serait valable. Nous pensons bien qu'un sauf-conduit qui n'exprimerait aucun terme ne devrait être d'aucune considération : car il serait abusif; nous admettons aussi que son irrégularité pourrait l'empêcher de produire ses effets ; mais nous croyons que s'il n'était pas évident que sa durée eût été étendue à dessein de favoriser le débiteur, on ne pourrait valider un emprisonnement fait au mépris de la sécurité qu'il lui aurait accordée.

[[Cette dernière opinion de M. Carré étant la conséquence de la solution qu'il a donnée à la *Quest.* 2656, nous ne pouvons que nous en référer à nos observations sur ce point ; quant à la difficulté en elle-même, il est évident que le sauf-conduit qui n'exprime pas le temps de sa durée est nul de plein droit, et ne protége, à aucune époque, celui qui en est porteur. *Voy.* opinion conforme de M. Souquet, *Dict. des temps légaux*, 141e tabl., 5e col., n° 42, v° *Emprisonnement.*

La question est plus délicate lorsque le sauf-conduit est prorogé, non pas

dans un cas d'extrême nécessité, mais à diverses reprises, et à toutes les phases de l'instruction, comme dans une espèce jugée le 5 vend. an XI (*J. Av.*, t. 8, p. 464), par la Cour de cassation, qui crut devoir annuler le sauf-conduit. La décision devrait-elle être la même, si cet acte portait un terme trop éloigné? serait-il nul d'une manière absolue ou seulement pour l'excédant? MM. PARDESSUS, n° 1515, et COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 55, penchent en faveur de cette dernière opinion. Mais il faut l'entendre convenablement; l'art. 782 règle le délai accordé au débiteur pour venir déposer en justice; il ne peut être arrêté, ni le jour de sa comparution, ni pendant le *temps nécessaire* pour aller et revenir; rien de plus formel que ces dernières expressions. Si donc le sauf-conduit accorde au débiteur plus de temps qu'il n'en faut, soit pour aller, soit pour revenir, en tenant compte, s'il y a lieu, de l'éloignement de son domicile, nous pensons que le créancier sera en droit de le faire arrêter, à ses périls et risques, même avant la comparution, pourvu que ce ne soit pas dans l'intervalle dont parle l'art. 782. Une fois incarcéré, le débiteur viendra déposer en justice, de la même façon qu'un prisonnier ordinaire; s'il se pourvoit en nullité de l'emprisonnement, les tribunaux jugeront si, en effet, ce créancier s'est montré trop impatient, et condamneront en ce cas ce créancier à des dommages-intérêts, ainsi qu'il est dit sous l'art. 799. *Voy.* un arrêt de la Cour de Paris du 28 fév. 1810 (*J. Av.*, t. 8, p. 573; *J. P.*, 3e édit., t. 8, p. 140).]]

[[**2659** bis. *Lorsqu'un sauf-conduit est accordé sous des conditions qui ne rentrent pas dans les prescriptions de l'art. 782, leur inobservation en entraîne-t-elle la nullité ?*

La Cour de Paris, le 28 février 1810 (*J. Av.*, t. 8, p. 572; *J. P.*, 3e éd., t. 8, p. 140), a validé l'emprisonnement d'un débiteur, porteur d'un sauf-conduit, dans une espèce où la notification de cet acte aux créanciers, exigée par le juge qui l'accordait, n'avait pourtant pas eu lieu : cette décision nous paraît peu conforme aux principes. L'art. 782 règle les conditions auxquelles est subordonnée l'obtention d'un sauf-conduit. L'autorité compétente pour le délivrer ne peut ni en affranchir, ni en diminuer la rigueur; nous ne pensons pas qu'il puisse davantage l'aggraver. La loi a voulu évidemment tout prévoir. Pourquoi ajouter à ses prescriptions, et imposer au débiteur de nouvelles obligations et de nouveaux frais? A la vérité, le président ou le juge d'instruction étaient libres de le refuser; mais cela ne prouve pas qu'ils fussent libres de le modifier, ni surtout qu'en cas d'infraction le sauf-conduit, réunissant d'ailleurs toutes les conditions de validité, devînt inefficace de plein droit.

Il est vrai que, dans l'espèce jugée par la Cour de Paris, le temps du sauf-conduit ne devrait courir que du jour de la notification aux créanciers : mais c'est là une autre illégalité, puisque la loi détermine elle-même le point de départ de cet acte, qui est le jour fixé pour la comparution, et le temps de sa validité, c'est-à-dire l'intervalle nécessaire pour aller et revenir. Ainsi encore, sur ce point, l'arrêt précité a substitué l'arbitraire du juge à la volonté de la loi.]]

2660. *Les effets du sauf-conduit peuvent-ils s'étendre à toutes arrestations autres que celles qui dériveraient d'une condamnation par corps?*

Le sauf-conduit n'a d'effet, en faveur du débiteur, que contre le créancier qui a obtenu un jugement portant condamnation par corps, et non contre l'action de la police : si donc le porteur de cette ordonnance de sûreté avait commis ou commettait un délit, nous ne douterions pas qu'il pût être arrêté comme tout autre individu. (*Voy.* Prat. t. 5, p. 18.)

[[C'est aussi, et avec raison, la décision donnée par MM. FAVARD DE

LANGLADE, t. 1, p. 686, et SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, 141e tabl., 5e col., no 41, vo *Emprisonnement*.]]

ART. 783. Le procès-verbal d'emprisonnement contiendra, outre les formalités ordinaires des exploits (1), 1° itératif commandement; 2° élection de domicile dans la commune où le débiteur sera détenu, si le créancier n'y demeure pas. L'huissier sera assisté de deux recors.

Tarif 53. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 270 et suiv., nos 30 à 37.] — Décret du 14 mars 1808. —Loi du 15 germ. an VI, tit. 3, art. 10.—Cod. proc. civ., art. 61, 787, 789, 794.—[Loi du 27 avril 1832, art. 33. — Notre Dict. gén. de proc., vo *Contrainte par corps*, nos 200 à 218. — Devilleneuve, vo *Emprisonnement*, nos 53, 54, 74 à 80. — Arm. Dalloz, vo *Contrainte par corps*, nos 576, 582 à 603.

QUESTIONS TRAITÉES : L'itératif commandement doit-il être en tout semblable au premier? *Q.* 2660 *bis*. — Faut-il que l'itératif commandement exprime exactement le montant des sommes dues? *Q.* 2661. — Le procès-verbal d'emprisonnement peut-il être rédigé par l'huissier en des temps différents? *Q.* 2661 *bis*.—L'huissier est-il autorisé à recevoir le paiement de ce que doit le débiteur, et que doit-il faire, si le créancier refuse de recevoir la somme comptée? *Q.* 2662. — L'élection de domicile exigée par l'art. 783 ne saurait-elle être remplacée par une constitution d'avoué? *Q.* 2662 *bis*. — L'élection de domicile faite dans le procès verbal fait-elle cesser celle qui a été déclarée dans le premier commandement, conformément à l'art. 780? *Q.* 2663.— Lorsque la commune où le débiteur sera détenu est la même que celle où siége le tribunal qui a rendu le jugement portant la condamnation par corps, est-il néanmoins nécessaire de faire une élection de domicile dans le procès-verbal d'emprisonnement? *Q.* 2664. — L'huissier peut-il se faire accompagner de plus de deux recors? Peut il requérir la force armée au moment même de l'arrestation et avant qu'il y ait rébellion? *Q.* 2665. — Quelles qualités doivent avoir les recors? *Q.* 2666. — L'huissier doit-il être revêtu de son costume? *Q.* 2667.]

[[DXVI *bis*. Quant aux condamnations pécuniaires prononcées en matière pénale, l'exercice de la contrainte est réglé en ces termes par l'art. 33, 2e al., de la loi du 17 avril 1832 (*J. Av.*, t. 42, p. 215).

« Sur le vu du commandement, et sur la demande du receveur de l'enregistrement et des domaines, le procureur du roi adressera les réquisitions nécessaires aux agents de la force publique et autres fonctionnaires chargés de l'exécution des mandements de justice. »]]

[[**2660** bis. *L'itératif commandement doit-il être en tout conforme au premier?*

L'affirmative ne nous paraît pas douteuse, en ce qui concerne les formes intrinsèques du commandement et les énonciations qu'il doit contenir. La question suivante donne à ce sujet des détails auxquels il suffit de renvoyer.

Mais quant aux formalités particulières auxquelles l'art. 780 assujettit le commandement à fin de contrainte, il suffit qu'il n'en exige pas le renouvellement dans l'acte itératif, pour que le débiteur ne puisse les réclamer, soit à raison des avantages qu'elles lui assurent, soit comme motif de nullité de l'emprisonnement effectué; ainsi, il a été jugé avec raison que l'huissier saisissant n'était pas tenu, 1° de signifier une seconde fois le jugement de condamnation (Paris, 29 août 1829, *Courrier des Tribunaux*, 2 sept., même année); 2° d'ex-

---

(1) [Ainsi le créancier, dans le cas même où il ferait élection de domicile, devrait mentionner dans le procès-verbal son domicile réel.

La Cour de Bordeaux, 20 mars 1829 (*J. P.*, 3e édit., t. 22, p. 824), a annulé un procès-verbal qui ne contenait pas le *prénom* du débiteur; mais il y avait dans la cause des circonstances particulières qui rendaient cette énonciation indispensable. *V.* à ce sujet nos *Quest.* 285 et 306.]

hiber les titres sur lesquels la contrainte par corps est fondée (Rennes, 1er juin 1818, *J. Av.*, t. 14, p. 350; *J. P.*, 3e éd., t. 14, p. 810).

La Cour de Bruxelles a aussi décidé qu'il n'était pas nécessaire de laisser écouler un nouveau délai de vingt-quatre heures entre l'itératif commandement et la contrainte, et cet arrêt est approuvé avec raison par MM. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 468, et Berriat Saint-Prix, p. 631, note 15.]]

2661. *Faut-il que l'itératif commandement exprime exactement le montant des sommes dues?*

Oui, puisque, d'un côté, l'art. 783 veut que le procès-verbal contienne les formalités ordinaires des exploits, et que l'art. 61, n° 3, exige que les exploits indiquent l'objet de la demande. D'un autre côté, il est nécessaire de rappeler au détenu ce qu'il doit, puisqu'il ne peut effectuer la consignation des causes de son emprisonnement que d'après la demande contenue dans le procès-verbal, et que le geôlier (art. 798) ne peut recevoir cette consignation ni mettre le débiteur en liberté, qu'autant que ce même procès-verbal lui apprend que la somme offerte est égale à celle pour laquelle le débiteur est détenu (1). (*Voy.* Demiau-Crouzilhac, p. 460.)

[[La décision de M. Carré est approuvée sans difficulté par MM. Dalloz, t. 3, p. 783, not. 3, et Coin Delisle, *Comm.*, p. 55. Mais la jurisprudence est loin d'être aussi explicite sur la question.

La Cour d'Aix, 15 nov. 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 15; *J. P.*, 3e éd., t. 18, p. 1100), a considéré comme faisant suffisamment connaître le montant de la dette, l'indication de la somme principale, du jour où les intérêts ont pris cours, et l'énonciation qu'ils sont conformes au taux légal. La Cour de Nancy, 21 août 1838 (*J. Av.*, t. 56, p. 61; Devill., 1838.2.381), a été plus loin; elle a jugé qu'il n'était pas nécessaire que l'itératif commandement contînt les indications du premier, par exemple, le détail des sommes dues et les causes de la créance; elle s'est fondée sur ce que le premier acte avait donné au débiteur une connaissance suffisante de ces faits. Mais ce système nous paraît dangereux et inadmissible. Si, comme nous l'avons décidé sous la *Quest.* 2629, la signification du jugement de condamnation doit nécessairement accompagner le commandement à fin de contrainte, pour faire comprendre au débiteur ce à quoi il est réellement tenu; à plus forte raison doit-il en être ainsi, lors d'un nouvel acte, qui peut n'être signifié que plusieurs mois après le premier, que n'accompagne pas d'ailleurs le jugement de condamnation, et que l'arrestation suit immédiatement. Si donc, quant aux formalités extrinsèques, l'itératif commandement diffère du premier, il n'en est pas de même des caractères constitutifs de cet acte, qui doivent se trouver également dans l'un et dans l'autre, à peine de nullité de l'emprisonnement qui les suivrait.

Nous pensons donc, avec M. Carré, que le montant des sommes dues doit être exactement et clairement indiqué dans le commandement itératif. Mais comme nulle forme sacramentelle n'est ici de rigueur, l'arrêt d'Aix précité nous semble inattaquable, puisque cette mention se trouvait suppléée dans

---

(1) La nécessité de faire itératif commandement suppose, sans doute, que l'huissier doit mentionner la réponse ou le refus par suite desquels il annonce au débiteur qu'il entend exercer la contrainte, et le somme de le suivre dans la prison indiquée par l'autorité compétente. Mais nous ne pensons pas que le défaut de cette mention et de cette sommation entraîne la nullité de l'emprisonnement. Le fait de l'arrestation ferait présumer jusqu'à preuve contraire que le débiteur n'a pas satisfait au commandement.

[Opin. conf., M. Coin-Delisle, *Comm.*, p. 55.

l'espèce de cet arrêt par des équivalents, tels que l'erreur ni même le doute n'étaient possibles.]]

[[**2661** bis. *Le procès-verbal d'emprisonnement peut-il être rédigé par l'huissier en des temps différents?*

Le principe général qui veut que les officiers publics, chargés de certains actes, y procèdent sans divertir ni vaquer à d'autres fonctions, s'applique ici avec d'autant plus de raison, que le fait de l'emprisonnement est *un*, pour ainsi parler, et semble n'admettre, du commencement à la fin, aucune suspension possible, et nul retard, si ce n'est celui que nécessite l'accomplissement des formalités prescrites par la loi.

L'huissier doit donc rédiger, dans un seul trait de temps, tout son procès-verbal, et si, dans la pratique, il arrive souvent qu'avant de procéder à l'arrestation, et pour n'avoir pas à s'occuper ensuite de ces détails, l'huissier fasse mention de l'itératif commandement, de l'élection de domicile du créancier, il n'en est pas moins vrai que ces diverses formalités sont censées accomplies en même temps que les autres, puisqu'il peut arriver qu'elles soient rendues inutiles par le paiement, l'évasion, la mise en liberté du débiteur (1).

Ainsi, en principe, nous devons adopter un arrêt de la Cour de Riom, 21 sept. 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 310; *J. P.*, 3e édit., t. 16, p. 903), qui a annulé un emprisonnement, dans une espèce où l'huissier, ayant requis le juge de paix de l'accompagner, avait fait mention de l'ordonnance de ce magistrat, et de sa déclaration qu'il ne se transporterait sur les lieux que le lendemain, puis avait clos son procès-verbal pour le reprendre le jour suivant par le récit de l'attestation du débiteur, sans rappeler l'ordonnance rendue la veille.

Toutefois, l'espèce jugée par la Cour de Riom présentait cette circonstance que l'huissier, en racontant l'arrestation, avait mentionné la présence du juge de paix, ce qui suffisait pour valider l'attestation, comme nous l'avons dit sous la *Quest.* 1650, et rend par conséquent l'arrêt précité susceptible d'une sérieuse critique.

Mais le silence de l'huissier sur ce point ne serait pas suffisamment couvert par la déclaration de la veille, déclaration qui ne fait pas partie du procès-verbal, lequel ne commence que du moment de l'arrestation.

Quant aux formalités qui la suivent, il est évident que le procès-verbal n'en est que l'historique: cet historique doit être exact; or, l'exactitude ne peut résulter que d'un récit successif, comme les faits auxquels l'emprisonnement a donné lieu.

Si donc le débiteur se trouve dans l'impossibilité d'arriver avant la nuit à la prison la plus voisine, il est bon que l'huissier en fasse immédiatement mention dans son procès-verbal, qu'il continuera et clôra le lendemain par le récit de l'incarcération, sans qu'il soit besoin, dans cette dernière partie, de transcrire tout ce que contenaient les premières. Cela ne doit pas souffrir de difficulté.]]

2662. *L'huissier est-il autorisé à recevoir le paiement de ce que doit le débiteur, et que doit-il faire, si le créancier refuse de recevoir la somme comptée?*

Nous avons déjà dit, t. 4, p. 536, n° 1921, que si le débiteur offre de payer,

(1) [La Cour d'Aix, 17 juin 1835 (*J. Av.*, t. 51, p. 585), a jugé avec raison que l'huissier, lorsque ses perquisitions étaient vaines, n'avait pas besoin de dresser un procès-verbal.]

sier est autorisé à recevoir et à donner quittance. (*Voy.* en outre Pardessus, t. 5, p. 278.) A Paris, l'art. 4 du décret du 14 mars 1808 oblige le garde du commerce à remettre, dans les vingt-quatre heures, la somme par lui reçue, au créancier qui l'a chargé de l'arrestation; et faute par ce dernier de la recevoir, par quelques motifs que ce soit, il doit la déposer dans les vingt-quatre heures suivantes à la caisse des consignations. L'art. 2 de l'ordonnance du 3 juillet 1816 étend cette obligation aux huissiers exerçant une contrainte par corps.

[[Ces diverses dispositions subsistent toujours.]]

[[**2662** bis. *L'élection de domicile exigée par l'art.* 783 *ne peut-elle pas être remplacée par une constitution d'avoué?*

La raison de douter est qu'en vertu de l'art. 61, Cod. proc. civ., la constitution d'avoué dans un exploit emporte de plein droit élection de domicile en son étude. Mais il faut considérer que cette constitution est nécessaire dans la poursuite d'une instance, tandis qu'elle ne l'est pas lorsqu'il n'y a qu'une exécution à effectuer sur la personne du débiteur, comme l'a remarqué la Cour de Rennes, 12 juill. 1809 (*J. Av.*, t. 8, p. 625; *J. P.*, 3e édit., t. 7, p. 682), et qu'on ne saurait par conséquent faire produire à cet acte, dont la loi ne parle pas, un effet qu'elle attribue exclusivement à l'élection formelle de domicile. D'ailleurs ce n'est pas par induction et par un rapprochement de textes de procédure que le débiteur incarcéré doit arriver à connaître la personne à qui seront adressées, soit les offres de paiement, soit les demandes d'annulation de l'emprisonnement; ainsi l'a jugé, avec raison, la Cour de Lyon, 9 mai 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 239; *J. P.*, t. 21, p. 1451). Au reste, il est évident que si le créancier joignait à l'élection de domicile une constitution d'avoué, ce dernier acte, parfaitement inutile tant que l'incarcéré n'a pas intenté d'action contre lui, ne devrait jamais être considéré comme une cause de nullité; il n'est pas moins certain que la mention de la demeure du poursuivant, s'il réside au lieu de l'incarcération, équivaudrait à celle de son domicile — C'est ce que l'on peut induire d'un arrêt de la Cour de Paris, 27 mai 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 305).]]

2663. *L'élection de domicile faite dans le procès-verbal fait-elle cesser celle qui a été déclarée dans le premier commandement, conformément à l'art.* 780?

Les deux élections doivent subsister, suivant M. Pigeau, t. 2, p. 5, tit. 4, chap. 1er, sect. 4, 2e div., no 4, parce qu'il peut être utile au débiteur de faire des notifications à l'un et à l'autre domicile.

M. Delvincourt, *Institutes du droit commercial,* t. 2, p. 515, pense au contraire que la première élection cesse. Il n'y a pas de raison, dit-il, pour obliger le créancier d'avoir deux domiciles d'élection pour l'exécution du même acte; c'est bien assez de l'obliger à en élire un nouveau pour le cas prévu, et le débiteur n'a pas d'intérêt à exiger que les deux subsistent en même temps.

Cet auteur ajoute que l'art. 795 vient confirmer cette opinion, puisqu'il décide que la demande en nullité doit être formée au domicile élu par l'écrou, qui est le même que celui qui a été élu dans le procès-verbal d'arrestation. (*Voy.* art. 789.) M. Pardessus partage cette opinion, t. 5, p. 277. Nous trouvons les raisons de ces deux auteurs assez fortes pour l'emporter sur celles de M. Pigeau.

[[M. Thomine Desmazures, t. 2, p. 360, qui adopte la doctrine de ce dernier auteur, se fonde sur ce que la première élection de domicile serait encore nécessaire, même après l'arrestation, pour les significations à faire dans le cours

de l'instance par laquelle le débiteur poursuivrait la réformation du jugement de contrainte. Si l'on ne devait conserver la première élection qu'à raison de sa nécessité, comme le suppose la discussion entre ces auteurs, l'opinion de M. Carré serait sans doute préférable; car, ainsi que nous l'avons établi sous la *Quest.* 2633, l'élection de domicile de l'acte d'écrou, et, par la même raison, celle du procès-verbal d'emprisonnement, établies uniquement pour prévenir les lenteurs ou les complications de procédure auxquelles l'incarcération donnerait lieu, serviront au débiteur pour toutes les significations à faire à son créancier, de quelque nature qu'elles puissent être, et à quelque tribunal qu'elles soient portées. Mais ce n'est point en ces termes qu'il faut poser la question: il s'agit uniquement de savoir si les actes signifiés par le débiteur au premier domicile élu, seraient inefficaces et devraient être renouvelés; il faudrait, pour que ces actes fussent nuls, que la loi eût elle-même annulé la première élection, ce qu'elle n'a pas fait: ces diverses élections sont toutes dans l'intérêt du débiteur, et il ne peut, de leur concours, résulter contre lui-même aucun de ces désavantages, aucune de ces complications que la loi voulait précisément éviter. C'est conformément à cette doctrine que les Cours de Grenoble, 2 mars 1812 (*J. Av.*, t. 3, p. 363; *J. P.*, 3e édit., t. 10, p. 170), et de Nîmes, 15 nov. 1824 (*J. Av.*, t. 29, p. 72; *J. P.*, 3e édit., t. 18, p. 1101), ont jugé que le débiteur pouvait faire signifier l'appel du jugement de condamnation au domicile élu dans le commandement à fin de contrainte. L'opinion de M. Carré, ainsi que celle de M. COIN-DELISLE, qui l'approuve, *Comm.*, p. 56, doit donc être rejetée.]]

2664. *Lorsque la commune où le débiteur sera détenu est la même que celle où siége le tribunal qui a rendu le jugement portant la condamnation par corps, est-il néanmoins nécessaire de faire une élection de domicile dans le procès-verbal d'emprisonnement?*

On ferait bien de répéter cette élection; mais nous pensons avec M. Pigeau, *ubi suprà*, que cela n'est pas indispensable.

[[Nous ne pouvons partager cet avis; d'abord, la loi exige cette formalité sans aucune distinction. Son inexécution serait donc plus qu'une imprudence. On demande quelle serait, en ce cas, l'utilité d'une élection de domicile? Sans insister sur le peu d'importance d'une telle considération, en présence d'un texte formel, nous répondrons que le débiteur peut avoir perdu ou égaré le premier commandement, et qu'il est d'autant plus urgent pour lui de connaître sans retard le domicile élu par son créancier, qu'il est sous le coup d'une arrestation immédiate : ici encore, notre opinion est la conséquence de ce principe déjà formulé, que l'unique but de toutes les élections de domicile est de faciliter autant que possible, à chaque phase de la contrainte, les communications entre le débiteur et son créancier.

C'est aussi ce qui a été jugé dans une espèce où l'élection de domicile, contenue au procès-verbal d'emprisonnement, n'avait pas été renouvelée dans l'acte d'écrou; Aix, 23 août 1826 (*J. P.*, 3e éd., t. 20, p. 838).]]

2665. *L'huissier peut-il se faire accompagner de plus de deux recors? Peut-il requérir la force armée au moment même de l'arrestation, et avant qu'il y ait rébellion?*

Nous ne le pensons pas, par la raison que la loi a fixé le nombre de recors, et que l'art. 785 n'autorise l'huissier à requérir la force armée que dans le seul cas de rébellion, ce qu'il doit constater, pour justifier la nécessité de cette réquisition. Mais nous croyons que si le débiteur avait une telle réputation que

l'on pût craindre des excès de sa part; que s'il avait fait des menaces de résister à l'exécution, l'huissier pourrait dès lors se faire autoriser par le président à requérir la force armée; et le juge de paix pourrait donner lui-même cette autorisation, s'il s'agissait d'effectuer l'arrestation dans une maison quelconque (*Voy.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 480); mais il ne faut pas perdre de vue qu'une telle mesure ne doit être autorisée qu'avec prudence, et dans des cas graves. Le principal motif qui a fait prononcer la suspension d'un huissier, dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de Paris, cité sur la *Quest.* 2651, c'est que l'huissier qui, sans permission ni assistance du juge de paix, s'était introduit dans la maison du débiteur, était accompagné de quatre gendarmes.

[[Il est incontestable que l'huissier ne doit pas aggraver inutilement la position du débiteur et le scandale de son arrestation, en l'entourant de gendarmes, dont l'art. 785, il est vrai, autorise l'assistance, mais seulement en cas de rébellion; et c'est ce qu'a jugé la Cour de Montpellier, le 30 juill. 1839 (*J. Av.*, t. 61, p. 611). Faut-il conclure de là que cet article est tellement limitatif que, si l'huissier avait requis la force armée avant toute résistance du débiteur, l'arrestation de ce dernier serait nulle? C'est sur quoi laissent subsister quelques doutes les arrêts de Nîmes, 12 juill. 1826, et de Bordeaux, 2 avril 1833 (*J. P.*, 3e édit., t. 20, p. 683, et t. 25, p. 338), cités sous la question suivante; il paraît toutefois impossible d'aller jusqu'à cette conséquence. MM. DALLOZ, t. 3, p. 799, not. 2, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 359, reconnaissent avec M. Carré qu'il est des cas où l'autorisation de se faire assister de la force armée devrait être accordée à l'huissier par le président du tribunal de première instance, s'il y avait lieu de craindre la rébellion. C'est là sans doute le parti le plus prudent; mais si cette voie n'était pas suivie, nous ne pensons pas que la validité de l'emprisonnement en fût affectée. Seulement l'huissier serait, selon les circonstances, passible de peines disciplinaires, et les frais occasionnés par la présence des gendarmes retomberaient dans tous les cas à la charge du créancier, comme l'a très justement décidé la Cour de Metz, 20 juill. 1827 (*J. Av.*, t. 37, p. 105).

C'est aussi l'opinion de M. Thomine Desmazures, *eod. loc.*]]

2666. *Quelles qualités doivent avoir les recors?*

Ils doivent être majeurs, non parents ni alliés des parties ou de l'huissier, jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement, ni leurs domestiques; ils signent l'original et les copies du procès verbal, dans lequel l'huissier doit énoncer leurs nom, profession et demeure. (Arg. de l'art. 585; DELVINCOURT, t. 2, p. 515; PARDESSUS, t. 5, p. 277, et *suprà*, sur l'art. 585.)

[[Comme on le voit, ces diverses conditions sont exigées des recors par analogie de l'art. 585, au titre des *Saisies-exécutions*, ce qui fait naître la question de savoir si toutes les formalités exigées par cet article doivent être remplies en matière de contrainte par corps, à peine de nullité.

Cette question est complexe et n'a pas encore été décidée dans ses termes les plus généraux : mais aujourd'hui les éléments que nous fournissent la doctrine et la jurisprudence sont de nature, ce nous semble, à en faciliter la solution.

Les témoins, aux termes de l'art. 585, doivent être *Français*; en est-il de même des recors? Il existe à ce sujet deux décisions, l'une de Bourges, 9 mars 1821 (*J.P.*, 3e édit., t.16, p.437), l'autre de Grenoble, 9 nov. 1825 (*J.Av.*, t.31, p. 353), en apparence contradictoires. Mais comme celle qui valide le procès-verbal signé par un étranger se fonde uniquement sur ce que, dans l'espèce, ce recors, domicilié en France, garde champêtre de sa commune, rédigeait en cette qualité des procès-verbaux destinés à faire foi devant les tribunaux, et

établissait la validité de son témoignage sur l'erreur commune, on voit que l'incapacité qui résulte du titre d'étranger ne souffre en principe aucune difficulté.

La divergence est plus sérieuse sur le point de savoir si les recors doivent nécessairement signer l'original et la copie du procès-verbal d'emprisonnement. L'affirmative, enseignée par M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 359, et admise, bien qu'avec quelque hésitation, par M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 687, et DALLOZ, t. 3, p. 799, not. 2, a été consacrée par un arrêt de la Cour de Riom, 6 mai 1819 (*J. Av.*, t. 8, p. 678), qui exige non-seulement la signature des recors, mais encore la mention de leur nom et celle de leur profession à peine de nullité.

Cette décision si absolue a rencontré des contradictions de diverses natures. La Cour de Rennes, 18 août 1810 (*J. Av.*, t. 13, p. 41 ; *J. P.*, 3e édit., t. 8, p. 541, et DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.2.334), a décidé que l'énonciation de la profession des recors au procès-verbal d'emprisonnement n'était pas indispensable, l'art. 783 ne l'ayant pas exigée.

D'autre part, M. COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 56, pense, et la Cour de Nancy a jugé, le 21 août 1838 (*J. Av.*, t. 56, p. 61, et DEVILL., 1838.2.381), que la signature des recors au procès-verbal d'écrou et l'indication de leurs noms sur le procès-verbal d'emprisonnement suffisaient, bien que leur signature ne se trouvât ni sur l'original, ni sur la copie de ce dernier acte.

Cette divergence d'opinions ne peut provenir que d'une incertitude de principes à laquelle l'économie de la loi ne nous semble pas donner lieu.

Appliquer ce qui concerne la saisie-exécution à la contrainte par corps, d'une manière générale et absolue, aggraver l'art. 783 de l'art. 585, nous semble évidemment contraire à la pensée du législateur : c'est ajouter à des formalités auxquelles on ne peut certes reprocher de n'être ni assez nombreuses, ni assez rigoureuses.

Toutefois, en ce qui concerne la qualité des recors, l'art. 585 nous paraît entièrement applicable ; mais ce n'est pas par l'analogie des matières : c'est parce que les recors sont de véritables *témoins*, et que tout ce qui est relatif à cette qualité se trouve énoncé dans le dernier de ces articles.

Ainsi les recors devront être Français, comme l'ont décidé les arrêts de Bourges et de Grenoble précités. Ainsi encore ils ne pourront être pris parmi les parents au degré prohibé, et cela à peine de nullité, malgré l'opinion contraire de M. Coin-Delisle, *eod. loc.*

Mais si l'on ne peut rien retrancher de la rigueur de ces prescriptions, il ne faut non plus y rien ajouter ; ainsi des gendarmes seront valablement pris pour recors ; Rennes, 12 juill. 1809 ; Nîmes, 12 juill. 1826 ; Bordeaux, 2 avril 1833 (*J. Av.*, t. 8, p. 625, t. 33, p. 271 et t. 45, p. 549, et *J. P.*, 3e édit., t. 7, p. 682 ; t. 20, p. 683 ; t. 25, p. 338), et cela lors même que notre opinion sur la question précédente n'aurait pas été admissible : car les gendarmes, dans ce cas, ne sont que des témoins, et rien n'empêche de choisir les témoins dans cette classe de citoyens.

Mais en ce qui touche les formalités du procès-verbal d'emprisonnement ou d'écrou, et non plus la qualité des témoins proprement dits, il nous paraît certain que l'art. 564 qui régit une matière différente n'est nullement applicable à la contrainte par corps, au sujet de laquelle il n'y a rien à ajouter aux dispositions du Code.

Ainsi, la loi n'exigeant la signature des recors ni sur l'original, ni sur la copie du procès-verbal d'emprisonnement, on ne peut suppléer à ce silence dont il est facile d'ailleurs de pénétrer les motifs. Le législateur pensait, comme l'a judicieusement remarqué M. Coin-Delisle, *eod. loc.*, qu'il serait plus difficile de trouver des témoins lettrés pour assister à des emprisonnements qu'à des saisies-exécutions, et, par la même raison, leur signature sur l'acte d'écrou n'est pas

non plus indispensable. Ainsi la doctrine de la Cour de Riom et des auteurs qui l'ont suivie doit être regardée comme mal fondée.

Faisons observer toutefois que le procès-verbal devrait nécessairement mentionner le nom et la qualité des recors, quoique l'art. 783 ne l'exige pas : sans cela, en effet, la présence des recors et leur capacité, conditions essentielles de la validité de l'emprisonnement, manqueraient de constatation.]]

2667. *L'huissier doit-il être revêtu de son costume?* [[QUID *des gardes du commerce?*]]

Il est vrai que l'art. 8 de la loi du 2 niv. an XI assigne un costume à tous huissiers dans l'exercice de leurs fonctions; mais aucune loi n'exige qu'ils en soient revêtus à peine de nullité, et on peut appuyer la solution négative de la question, des arrêts cités par M. MERLIN, *Nouv. Répert.*, au mot *Costume*, t. 3, p. 234.

Au reste, il est vrai de dire qu'il n'y a que les huissiers audienciers qui soient aujourd'hui dans l'usage de se revêtir du costume, encore ne le portent-ils qu'aux audiences et dans les cérémonies publiques. C'est un abus contraire à l'huissier lui-même, qui imprimera plus de respect s'il est décoré comme le veut la loi, et aux parties, qui courront bien moins le risque d'être trompées par de soi-disant huissiers. Il suffit d'ailleurs qu'une loi non abrogée ait prescrit un costume aux huissiers, pour qu'ils le portent en toute occasion où ils exercent leurs fonctions : le ministère public ferait bien d'en rappeler et d'en exiger l'exécution.

[[Les observations de M. Carré nous paraissent exactes.

En ce qui concerne les gardes du commerce, l'art. 8 du décret du 14 mars 1808 dispose qu'ils auront une marque distinctive, en forme de baguette, qu'ils seront tenus d'exhiber, lors de l'exécution de la contrainte.]]

ART. 784. S'il s'est écoulé une année entière depuis le commandement (1), il sera fait un nouveau commandement par un huissier commis à cet effet.

Décret du 14 mars 1808. — Cod. proc., art. 780, 794, 804. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Contrainte par corps*, n°s 187 à 190 — Devilleneuve, v° *Emprisonnement*, n° 53. —Arm. Dalloz, v° *Contrainte par corps*, n°s 487 à 489.

QUESTIONS TRAITÉES : Quand le commandement donné en vertu de l'art. 780 est périmé, faut-il que le nouveau commandement soit accompagné de la signification du jugement en vertu duquel on exerce la contrainte par corps? *Q.* 2668. — Mais si le commandement avait été fait avant la publication du Code, ne faudrait-il pas, en ce cas, signifier le jugement? *Q.* 2669. — L'huissier qui a signifié le premier commandement peut-il valablement signifier le second par suite de sa commission? *Q.* 2670.]

2668. *Quand le commandement donné en vertu de l'art.* 780 *est périmé, faut-il que le nouveau commandement soit accompagné de la signification du jugement en vertu duquel on exerce la contrainte par corps?*

Nous avons vu, sur la *Quest.* 2629, que trois arrêts ont implicitement jugé la négative. M. DELAPORTE, t. 2, p. 359, dit le contraire, mais il nous semble que l'art. 784 n'exige que le commandement, sans parler de la signification du jugement.

(1) [Depuis le commandement exigé par l'art. 780, et non depuis l'itératif commandement, comme le fait remarquer M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 469, n° 1.]

[[La solution que nous avons donnée, contrairement à l'opinion de M. Carré, sous la *Quest.* 2629, semblerait s'appliquer ici d'après les mêmes motifs. L'art. 780 exige que le jugement de condamnation et le commandement à fin de contrainte soient signifiés ensemble. Si un intervalle de quelques jours annulle une des garanties dues au débiteur, à plus forte raison un intervalle de plusieurs années a-t-il cet effet. A la vérité ces deux actes avaient été signifiés simultanément une première fois ; mais le premier commandement est périmé et n'existe plus. Or, un fait qui provient uniquement de la négligence du créancier ne peut priver le débiteur de l'une des garanties indiquées par la loi.

Ces raisons ne nous ont point paru décisives, dans notre *Comment. du Tarif*, t. 2, p. 264, n° 8 : par cela seul que le créancier a signifié à la fois le jugement de condamnation et le commandement à fin de contrainte, il peut, à tous les instants de l'année et sans autre avertissement préalable, passer à l'itératif commandement et à l'arrestation du débiteur. Il a patienté : ce dernier peut-il lui en faire un reproche? Le premier commandement, il est vrai, est tombé en péremption. Mais ce n'est pas à dire pour cela qu'il soit complétement sans effet. Il vaudrait pour une saisie mobilière, comme l'enseigne M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 361. En ce qui concerne la contrainte, son efficacité cesse sans doute, mais elle renaît dans le nouveau commandement exigé par l'art. 784, sans autre formalité qu'une commission d'huissier, et dès lors l'arrestation immédiate du débiteur, permise avant sa péremption, doit l'être depuis son renouvellement.

L'opinion de M. Carré a été adoptée par MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 631, not. 13; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 361; SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, 140e tab., 5e col., n° 16, et GINOUVIER, p. 134, et par un arrêt de Toulouse, 11 fév. 1808 (*J. Av.*, t. 8, p. 513).

Mais elle a été repoussée par M. PIGEAU, t. 2, p. 5, tit. 4, chap. 1er, sect. 4, div. 2, n° 3, et par un arrêt de la Cour de Bourges du 23 avril 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 298, et *J. P.*, 3e édit., t. 19, p. 428).]]

2669. *Mais si le commandement avait été fait avant la publication du Code, ne faudrait-il pas, en ce cas, signifier le jugement?*

Il résulte de la solution donnée sur la précédente question que cela ne serait pas nécessaire. En effet, nous avons dit que les formes de l'emprisonnement effectué depuis la publication du Code sont soumises aux règles qu'il renferme, quoique le commandement soit antérieur. Or, ce commandement serait nécessairement périmé, si l'on voulait exercer aujourd'hui la contrainte ; et puisque l'art. 784 n'exige qu'un nouveau commandement sans signification simultanée du jugement, on ne pourrait exiger cette signification : voilà pourquoi nous avons dit, après avoir résolu la *Quest.* 2626, qu'elle n'était pas susceptible de difficultés, l'art. 784 la décidant formellement pour la négative.

[[La décision de cette question transitoire est évidemment aujourd'hui sans importance.]]

2670. *L'huissier qui a signifié le premier commandement peut-il valablement signifier le second par suite de sa commission.*

Non, les pouvoirs qui lui avaient été conférés ont cessé ; il faut une nouvelle commission, puisque la loi porte que le nouveau commandement sera fait par un huissier commis à cet effet. Mais, sans doute, rien n'empêche que cette nouvelle commission ne soit donnée au même officier ministériel. (*Voy.* DE-

LAPORTE, t. 2, p. 359 et 360, et PIGEAU, t. 2, p. 5, tit. 4, ch. 1, sect. 4, div. 2, nº 4.) (1)

[[L'opinion de M. Carré a été, avec raison, approuvée par MM. THOMINE-DESMAZURES, t. 2, p. 361 ; DALLOZ, t. 3, p. 787 ; COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 48, SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, vº *Emprisonnement*, nº 20, et GINOUVIER, p. 134. Un arrêt de la Cour de Grenoble, 29 août 1820 (*J. Av.*, t. 18, p. 496 ; *J. P.*, 3ᵉ édit., t. 16, p. 148) vient encore la confirmer.

Il suit de là que l'ordonnance portant commission d'huissier se prescrit par le laps d'une année, à partir du jour de la signification du premier commandement.

Quant aux frais de la première commission, ils sont, comme ceux de la première signification, à la charge du créancier par la négligence duquel ces actes sont restés sans effet, ainsi que nous l'avons remarqué dans notre *Commentaire du Tarif*, t. 2, p. 264, nº 9.]]

ART. 785. En cas de rébellion, l'huissier pourra établir garnison aux portes pour empêcher l'évasion, et requérir la force armée ; et le débiteur sera poursuivi conformément aux dispositions du Code criminel.

[Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 274, nº 38.] — Décret du 14 mars 1808. — Décis. du minist. de la justice, du 12 sept. 1807. — Loi du 25 sept. 1791, 2ᵉ part., tit 1, 4ᵉ sect., art. 1. — Cod. proc. civ., art. 188, 209, 555, 794. — Cod. d'inst., art. 554. — [Notre Dict. gén. de proc., vº *Contrainte par corps*, nºˢ 252 à 256.

QUESTIONS TRAITÉES : Le simple refus d'obéir aux ordres de l'huissier constitue-t-il rébellion, en sorte que les peines prononcées par le Code pénal y soient applicables ? *Q.* 2671. — Le fait de résistance à l'huissier et aux gendarmes agissant pour l'exécution d'un jugement, constitue-t-il une rébellion lorsque cette exécution est dépourvue de l'une des formalités exigées par la loi ? *Q.* 2671 *bis*. — Si le débiteur échappait à l'huissier et se réfugiait dans une maison quelconque, faudrait-il que cet officier requît le juge de paix, et le débiteur serait-il sujet à des poursuites criminelles ? *Q.* 2672.]

DXVII. La loi, par cet article, prévoit les incidents qui peuvent entraver l'exécution de la contrainte par corps, et qui sont ou la résistance du débiteur à suivre l'huissier, ou ses efforts physiques pour s'évader, ou son refus d'ouvrir les portes de sa maison, refus qui peut même avoir lieu de la part de ceux chez lesquels il se trouverait.

En ces circonstances, que la loi qualifie *rébellion*, elle déclare les dispositions du Code criminel applicables ; mais cette disposition exige d'importantes explications qui seront la matière des questions suivantes.

[[Article 16 du décret du 14 mars 1808 : « En cas de rébellion prévu par l'art. 785, le garde chargé de l'arrestation en constatera la nature et les circonstances.

Il pourra établir garnison aux portes, et partout où le débiteur pourrait trouver la facilité de s'évader. Il pourra requérir la force armée, qui ne pourra lui être refusée, et, en sa présence et avec son concours, procéder à l'arrestation. »]]

2671. *Le simple refus d'obéir aux ordres de l'huissier constitue-t-il rébellion, en sorte que les peines prononcées par le Code pénal y soient applicables ?*

Suivant les auteurs du *Praticien*, t. 4, p. 88 et 89, on ne pourrait entendre

---

(1) Un arrêt de la Cour de Rennes du 23 sept. 1814 [*J. Av.*, t. 8, p. 633] a confirmé cette opinion, par la raison que le mandat a reçu son exécution au moyen de la signification tombée en surannation.

par *rébellion* une injure verbale, une simple résistance qu'opposerait le débiteur pour exécuter les ordres de l'huissier; il faut un acte de violence, une voie de fait, une résistance ouverte.

M. Pigeau, t. 2, p. 273, pense que, d'après l'art. 8 d'un édit de juillet 1778, le simple refus d'obéir à l'ordre d'un officier chargé d'exécuter la contrainte constitue rébellion à justice.

« Quoique le Code de procédure, ajoute cet auteur, et le décret du 14 mars 1808, relatif aux gardes du commerce, ne portent pas formellement cette disposition, elle doit avoir lieu; le refus d'obéir à l'ordre donné au nom de la puissance publique est une véritable rébellion, et il est ainsi qualifié par ces deux lois, puisqu'elles disent qu'en cas de *rébellion* l'officier établira garnison aux portes pour empêcher l'évasion, et requerra la force armée. »

Il faut remarquer que l'art. 785 porte qu'en cas de rébellion, le débiteur sera poursuivi conformément aux dispositions du Code criminel.

Or, l'art. 209 du Code pénal qualifie crime ou délit, selon les circonstances mentionnées ensuite dans les art. 210 et 211, toute attaque, toute résistance *avec violence* et voies de fait envers les officiers ministériels, etc., agissant pour l'exécution des lois, des mandats de justice ou jugements.

Il suit de cette disposition, et de l'art. 484 du même Code, qui abroge implicitement les anciennes lois et règlements dans les matières réglées par les lois pénales actuelles, que l'on ne peut plus argumenter du règlement de 1778, cité par M. Pigeau.

Ainsi donc, le simple refus d'obéir à l'huissier chargé de l'arrestation ne peut donner lieu à des poursuites criminelles, s'il n'est accompagné de résistance avec violence ou voies de fait; s'il ne l'est pas, c'est à l'huissier, aidé de ses recors, à s'emparer du débiteur. Ils doivent évidemment y réussir, puisqu'ils ont, par le nombre, la force de leur côté; et s'ils en étaient empêchés, ce serait parce qu'il y aurait violence ou voies de fait.

C'est alors qu'il y aurait lieu à l'application de l'art. 785, d'après lequel le débiteur serait poursuivi criminellement, sur la remise que l'huissier ferait de son procès-verbal au procureur du roi ou au juge d'instruction.

[[Tel est aussi l'avis de MM. Favard de Langlade, t. 1, p. 687, et Thomine Desmazures, t. 2, p. 361. M. Pigeau lui-même est revenu, dans sa troisième édition, t. 2, p. 5, tit. 4, chap. 1, sect. 4, div. 3, n° 7, sur celui qu'il avait d'abord adopté. Dans notre *Théorie du Code pénal*, t. 4, p. 305, nous avons émis la même opinion, avec M. Hélie.]]

[[**2671** bis. *Le fait de résistance à l'huissier et aux gendarmes, agissant pour l'exécution d'un jugement, constitue-t-il une rébellion, lorsque cette exécution est dépourvue de l'une des formalités exigées par la loi?*

La Cour de cassation a jugé par deux arrêts, l'un du 27 vend. an XIV (*J. Av.*, t. 8, p. 495, et *J. P.*, 3e édit., t. 5, p. 16), l'autre du 14 avril 1820 (*J. Av.*, t. 8, p. 690, et *J. P.*, 3e édit., t. 15, p. 9-0), qu'il en était ainsi, lorsque cette résistance était accompagnée de violences et de voies de fait, tant à l'égard de l'huissier que des témoins qui l'accompagnaient ou des gendarmes qui lui avaient prêté main forte. Dans l'une de ces deux espèces, l'arrestation avait eu lieu avant le lever du soleil; dans l'autre, sans l'assistance du juge de paix, bien que le débiteur se trouvât en son domicile. Mais la Cour de cassation remarqua que l'inobservation des formalités *légales* donnait ouverture à une action en nullité de l'emprisonnement, mais n'autorisait jamais une résistance *illégale* à l'égard d'officiers ministériels ou d'agents de la force publique dans l'exercice de leurs fonctions. Elle a consacré la même opinion dans un troisième arrêt du 5 janv. 1821 (*J. P.*, 3e édit., t. 16, p. 285). Dans notre *Théorie du Code pénal*, t. 4,

p. 310 et suiv., M. Hélie et moi, nous avons longuement développé les principes relatifs à cette position délicate. Nous y renvoyons nos lecteurs.]]

2672. *Si le débiteur échappait à l'huissier et se réfugiait dans une maison quelconque, faudrait-il que cet officier requît le juge de paix, et le débiteur serait-il sujet à des poursuites criminelles?*

Nous déciderons affirmativement la première partie de cette question, d'après la cinquième disposition de l'art. 781. Il s'agirait, en effet, de faire une nouvelle arrestation, et cette disposition ne distingue pas; mais on sent qu'en cette circonstance, il deviendrait nécessaire que l'huissier établît garnison aux portes.

Quant aux poursuites criminelles contre le débiteur, elles ne pourraient avoir lieu pour cause d'évasion, qu'autant qu'elle aurait eu lieu par violence et bris de prison. C'est ce qui résulte des art. 209, 241 et suiv. du Code pénal.

Mais nous estimons que l'on assimilerait au bris de prison l'effraction faite dans une maison où le débiteur serait provisoirement retenu par l'huissier.

[[Ces solutions ne souffrent point de difficulté; on peut consulter un arrêt de la Cour d'Aix du 17 juin 1835 (*J. Av.*, t. 51, p. 585.)]]

ART. 786. Si le débiteur requiert qu'il en soit référé, il sera conduit sur-le-champ devant le président du tribunal de première instance du lieu où l'arrestation aura été faite, lequel statuera en état de référé : si l'arrestation est faite hors des heures de l'audience, le débiteur sera conduit chez le président.

Tarif, 54. — Décret du 14 mars 1808. — Cod. proc. civ., art. 794, 806 et suiv.

ART. 787. L'ordonnance sur référé sera consignée sur le procès-verbal de l'huissier, et sera exécutée sur-le-champ.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 274, nos 39 à 41.]—Cod. proc. civ., art. 794.—Décret du 14 mars 1808, art. 9 à 17. — Loi du 17 avril 1832, art. 22. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Contrainte par corps*, nos 245 à 251, Dalloz, *eod. verb.*, nos 558 à 568.

QUESTIONS TRAITÉES : En quel cas le débiteur peut-il requérir le référé? *Q.* 2673. — Le débiteur doit-il être représenté par un avoué lors du référé, et le créancier doit-il être présent? *Q.* 2674. — Un jugement qui prononce la contrainte par corps est-il susceptible d'appel, lorsque l'objet de la demande et la condamnation sont au-dessous de 1000 fr.? *Q.* 2675. — En quel cas l'appel du jugement qui prononce la contrainte par corps suspendrait-il l'exécution de cette contrainte? *Q.* 2676.— L'appel d'un jugement portant contrainte pourrait il être interjeté avant l'expiration de la huitaine, à partir de la signification, si, dans l'intervalle, le débiteur avait été incarcéré? *Q.* 2676 *bis.* — Que devrait faire le débiteur, si, sur sa réquisition, l'huissier refusait de le conduire chez le président? *Q.* 2677.—Le juge devant qui le référe est porté peut-il entrer dans l'examen du mérite de la condamnation? *Q.* 2678. — Le débiteur menacé de prise de corps peut-il agir en référé, même avant l'arrestation? *Q.* 2679. — La consignation de l'ordonnance de référé sur le procès-verbal de l'huissier est-elle suppléée par la mention que le président a ordonné qu'il serait passé outre? *Q* 2679 *bis* — Si le jugement en vertu duquel on exerce la contrainte par corps a été rendu par défaut, le débiteur peut-il obtenir sursis à l'exécution, en déclarant former opposition? *Q.* 2680. — Dans le ressort de la compétence des gardes du commerce, n'est il pas, en outre du référé, des cas à raison desquels il doit être sursis à l'arrestation? *Q.* 2680 *bis*]

DXVIII. On reconnaîtra facilement que le législateur a voulu, dans le système établi par le Code, sur le mode d'emprisonnement, rassurer le débiteur contre toute espèce de surprise; et parmi les précautions qu'il a prises à cet égard, on remarquera sans doute celle des articles ci-dessus, qui laissent au débiteur arrêté la faculté de se faire conduire devant le juge du lieu, qui, après l'avoir entendu, rend un jugement provisoire sur référé, et qui s'exécute sur

le-champ, soit qu'il prononce la validité de l'arrestation, soit qu'il la déclare nulle.

2673. *En quel cas le débiteur peut-il requérir le référé ?*

Il le peut [[incontestablement]] lorsqu'il soutient : 1° que l'arrestation est nulle au fond, ou que le jugement est infirmé, la créance éteinte, etc.; 2° que l'arrestation est nulle dans la forme, parce que la signification est irrégulière, etc. Le président peut statuer provisoirement sur ces deux sortes de nullités, en accordant la mise en liberté provisoire, avec ou sans caution, ou toute autre sûreté, ou la refuser; mais pour statuer définitivement, il faut recourir, pour nullités du fond, au tribunal de l'exécution, et pour celles de forme, à celui du lieu de la détention, conformément à l'art. 794. *Voy.* nos questions sur cet article [[et notre question 2678]].

2674. *Le débiteur doit-il être représenté par un avoué, lors du référé, et le créancier doit-il être présent ?*

Le débiteur comparaît sans ministère d'avoué, et le créancier est représenté par l'huissier. (DELVINCOURT, *Institut. du droit commerc.*, t. 2, p. 516.)
[[Il en serait autrement si le débiteur incarcéré attaquait, par la voie du référé, la recommandation pratiquée contre lui, V. *Quest.* 2700.]]

2675. *Un jugement qui prononce la contrainte par corps est-il susceptible d'appel, lorsque l'objet de la demande et la condamnation sont au-dessous de* 1000 *fr.?*

Non, parce que la contrainte par corps, prononcée en conséquence de la condamnation principale, n'étant que le mode d'exécution de cette condamnation, ne peut pas donner lieu à un appel, puisque l'effet de ce pourvoi serait de saisir la Cour de l'exécution du jugement, dont le principal est hors de sa juridiction. Paris, 11 sept. 1812 (*J. Av.*, t. 8, p. 53); Nîmes, 25 oct. 1811 (*J. Av.*, t. 8, p. 537,), où se trouve une conférence des arrêts sur cette question.

[[L'art. 20 de la loi du 17 avril 1832, en tranchant cette question si longtemps controversée, rend inutile l'examen des discussions qu'elle avait soulevées sous l'empire de la législation antérieure. Cet article veut que la disposition des jugements, même en dernier ressort, qui prononce la contrainte par corps, soit toujours sujette à l'appel, sans toutefois que cet appel suspende l'exécution du jugement. *V.* M. SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, *introd.*, n° 352.

Cette disposition a fait naître quelques difficultés. Nous nous étions déjà demandé, dans notre *J. Av.*, t. 42, p. 207, si le créancier, comme le débiteur, pourrait en réclamer le bénéfice, dans le cas où la contrainte par corps lui aurait été refusée, et nous pensions que telle n'avait pas été l'intention du législateur. Cette opinion, adoptée par MM. COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 104, et CADRÈS, p. 15, a été consacrée par la Cour de Paris, 14 août 1839 (*J. P.*, 3e édit.), et nous la croyons à l'abri de toute controverse sérieuse.

La loi n'a pas voulu que le recours qu'elle accorde à la partie qui succombe, dans le cas de la contrainte par corps, comme dans tous ceux où il s'agit d'une valeur inappréciable et indéterminée, devînt pour le créancier une source de vexations inutiles. L'exécution des jugements définitifs n'en sera donc pas même retardée. L'art. 2068, Cod. civ., disposait déjà que l'appel n'était pas suspensif de l'exercice de la contrainte prononcée par un jugement exécutoire sous caution. Mais l'art. 20 de la loi nouvelle a ajouté à cette règle, en ce que le jugement n'eût-il pas été déclaré exécutoire par provision, ni la caution four-

nie, l'emprisonnement n'en serait pas moins valable. Sans cela l'art. 20 n'aurait aucun sens. En le décidant ainsi, le 27 août 1836, (*J. P.*, 3e édit., t. 27. p 1604), la Cour de Paris a donc fait une juste application de cette disposition,

Si le jugement avait acquis force de chose jugée, faute par le débiteur d'avoir interjeté appel dans les délais ordinaires, ce dernier serait irrecevable à attaquer désormais le chef de condamnation relatif à la contrainte. *V.* MM. COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 104, et FOELIX, *Comm.*, p. 54. Il en serait de même si une partie avait laissé passer en force de chose jugée la décision qui lui reconnait une qualité de laquelle résulte contre elle l'assujettissement à la contrainte par corps. Quant à l'acquiescement donné au jugement qui la prononce, M. Carré traite cette difficulté sur la *Quest.* 2713, où l'on trouve les raisons de la décider.

L'art. 20 ne parle que des jugements rendus par les tribunaux civils ou de commerce. Il faut évidemment leur assimiler, soit les arbitres juges, soit les amiables compositeurs. C'est aussi l'avis de MM. COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 104, et CADRÈS, p. 15.]]

2676. *En quel cas l'appel du jugement qui prononce la contrainte par corps suspendrait-il l'exécution de cette contrainte?*

Il est certain qu'à la différence de l'opposition, l'appel qui serait interjeté sur le procès-verbal de l'huissier ne pourrait arrêter l'exécution de la contrainte, puisque l'art. 456 veut que tout appel contienne assignation dans les délais, et *soit signifié à personne ou à domicile.* (*V.* PIGEAU, t. 2, p. 275, et les *Questions* de LEPAGE, p. 349 et 350.)

Ce n'est donc qu'autant que l'appel a été signifié de la sorte qu'il peut suspendre l'exécution.

Il en était de même autrefois, d'après l'art. 12 du titre 34 de l'Ordonnance, sur lequel Serpillon faisait une remarque qui peut encore recevoir son application. « Quand même, disait-il, le débiteur aurait en main un acte d'appel prêt à être signifié, et qu'il requerrait l'huissier chargé de l'arrêter de signifier son appellation, ou même qu'il demanderait à l'huissier acte de son appel, il ne pourrait empêcher son emprisonnement. »

Nous ferons observer que M. Pigeau, *ubi suprà*, assigne deux cas dans lesquels l'huissier peut passer outre à l'emprisonnement, encore bien que le débiteur justifie d'une signification d'appel. C'est, premièrement, lorsque le jugement est exécutoire par provision en donnant caution (*V.* Cod. civ., art. 2068), et que cette caution a été reçue; secondement, lorsque le jugement, étant exécutoire par provision, est rendu en matière de commerce, avec ou sans caution, parce que l'art. 2068, Cod. civ., ne s'applique qu'à la contrainte par corps en matière civile. (Argum. des art. 2069, Cod. civ., 439, Cod. proc. civ., et 647, Cod. de commerce.)

Mais, ajoute cet auteur, si le jugement était exécutoire provisoirement sans caution, et qu'il fût rendu en matière civile, l'appel suspendrait la contrainte, quoiqu'il ne puisse suspendre les autres saisies. C'est encore, selon lui, ce qui résulte de l'art. 2068, Cod. civil.

Ces décisions nous paraissent bien fondées; mais par suite de la solution que nous avons donnée sur la *Quest.* 1547 (*V.* t. 3, p. 575), rejetant, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation, le sentiment de ceux qui ne pensent pas que les jugements rendus en matière de commerce soient provisoirement exécutoires de plein droit, nous croyons que si le tribunal de commerce n'avait pas prononcé dans le jugement qu'il serait exécutoire de la sorte, ce ne serait pas une raison pour que l'appel suspendît l'exercice de la contrainte, comme il le ferait à l'égard d'un jugement rendu par un tribunal civil.

[[A ces explications, qui nous semblent parfaitement exactes, nous ajouterons que lorsque le jugement ne prononce l'exécution provisoire qu'à la charge de donner caution, l'emprisonnement serait nul, si, aux termes de l'art. 440, Cod. proc. civ., il n'avait pas été fait sommation préalable au débiteur, ou de prendre communication des titres de la caution, s'il en était exigé d'elle, ou dans le cas contraire, d'assister à l'audience pour y voir prononcer son admission. Un arrêt de la Cour de Paris, 20 oct. 1813 (*J. Av.*, t. 8, p. 622, et *J. P.*, 3e édit., t. 11, p. 728), approuvé par M. Berriat Saint-Prix, p. 783, not. 52, n° 2. n'a fait, en le décidant, qu'appliquer des principes incontestables.]]

[[**2676** bis. *L'appel d'un jugement portant contrainte pourrait-il être interjeté avant l'expiration de la huitaine, à partir de la prononciation, si, dans l'intervalle, le débiteur avait été incarcéré?*

L'art. 449 défend à la partie condamnée de relever appel pendant ce temps de la décision rendue contre elle, à moins qu'elle ne soit susceptible d'exécution provisoire; or, en supposant que cette exécution n'ait pas été ordonnée par le jugement qui oblige le débiteur par corps, on pourrait soutenir que l'appel interjeté par lui après l'exercice de la contrainte, mais avant l'expiration de la huitaine, n'est pas recevable. Cette prétention, repoussée par la Cour de Bordeaux, 1er déc. 1831 (*J. P.*, 3e édit., t. 24, p. 387), nous paraît aussi mal fondée. L'exécution la plus rigoureuse d'un jugement, c'est l'emprisonnement du débiteur. Dès lors cesse pour lui l'obligation de se conformer à des délais établis surtout dans son intérêt, et lorsqu'il ne peut en rien résulter à son préjudice. *Voy.* M. Souquet, *Dict. des temps légaux*, v° *Jugement*, 309e tableau, 5e col., nos 215 à 218, et t. 4, p. 54 et 55, nos *Quest.* 1612 *bis* et 1614.]]

2677. *Que devrait faire le débiteur, si, sur sa réquisition, l'huissier refusait de le conduire chez le président?*

Le débiteur pourrait requérir le ministère d'un autre huissier, à l'effet de faire constater ce refus, et faire prononcer la nullité de l'emprisonnement, avec dommages-intérêts contre l'huissier auteur du refus, qui pourrait être suspendu de ses fonctions. (*Voy.* Delaporte, t. 2, p. 360 et 361, et nos questions sur l'art. 790 (1).

[[En vertu de l'art. 22 de la loi du 17 avril 1832, l'huissier ou garde du commerce qui refuserait de conduire le débiteur en référé, devant le président du tribunal, serait passible d'une amende de 1000 fr., sans préjudice des dommages-intérêts; et de plus, les tribunaux auraient toujours le droit, par mesure disciplinaire, de le suspendre de ses fonctions.

Le refus de l'huissier peut être établi, soit par la constatation qu'en réclamerait le débiteur, conformément aux règles indiquées par M. Carré, soit en

---

(1) M. Pardessus, t. 5, p. 280, pense que l'huissier qui, après avoir refusé, ne ferait pas mention de la réquisition du débiteur, se rendrait coupable d'un faux; mais nous ne croyons pas qu'il soit permis d'admettre cette opinion, d'après les art. 146 et 147 du Code pénal, qui ne nous semblent attacher le caractère de faux qu'à un acte positif du fonctionnaire qui dénature la substance de l'acte, en écrivant autre chose que ce qu'il doit, en constatant comme vrais ou comme avoués des faits qui ne le seraient pas, en ajoutant ou altérant des clauses. Or, une omission, quelque préjudiciable qu'elle soit, ne rentre pas dans cette catégorie, et, par conséquent, elle n'expose l'huissier qu'à des dommages-intérêts.

[Telle est aussi la doctrine qui résulte des principes que nous avons développés avec M. Hélie, dans notre Théorie du Code pénal, t. 3, p. 266 et suiv., ch. *du Faux*, § 1er.]

réitérant sa réquisition dans la prison même, avant la confection de l'écrou; car il est jusque-là recevable en sa demande : Arrêt de Toulouse, 30 avril 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 248). Si ces divers moyens lui manquent, il lui sera permis d'établir le refus par la preuve testimoniale; et cette opinion, professée par MM. Thomine Desmazures, t. 2, p. 362, et Coin-Delisle, *Comm.*, p. 56, est d'autant plus vraie aujourd'hui, qu'en punissant d'une amende un tel acte de la part de l'huissier, la loi de 1832 le transforme en délit, comme l'a judicieusement remarqué M. Foelix, *Comm.*, p. 54.

Nous supposons toujours, dans cette hypothèse, que l'huissier n'a pas fait mention dans son procès-verbal de la réquisition du débiteur; si cette mention existe, toute difficulté cesse. Vainement l'huissier prétendrait-il que les réclations étaient mal fondées; ce n'est pas à lui de s'en constituer le juge.

La peine infligée à l'huissier n'est pas la seule conséquence de son refus d'obtempérer aux réquisitions du débiteur. L'emprisonnement de celui-ci serait en outre frappé de nullité, comme l'a décidé avec raison la Cour de Bourges, 30 nov. 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 361; *J. P.*, 3e édit., t. 16, p. 985); l'art. 794, en effet, s'applique indistinctement à l'inobservation de toutes les prescriptions qui le précèdent. Le créancier alléguerait en vain qu'il ne peut pas être responsable d'un *délit* commis par l'huissier. Il doit subir cette conséquence, comme tant d'autres, de faits qui lui sont également étrangers. L'huissier est un mandataire qui, à raison des vices de l'exécution de son mandat, oblige celui de qui il le tient, sans préjudice des peines qu'il encourt lui-même, lorsqu'à l'inobservation de la loi se joignent des faits personnels que la loi considère comme des délits.]]

2678. *Le juge devant qui le référé est porté peut-il entrer dans l'examen du mérite de la condamnation?*

Il n'est pas douteux, comme le dit M. Pardessus, t, 5, p. 281, que cette faculté lui est interdite. Si donc la contrainte avait été prononcée indûment, le jugement étant passé en force de chose jugée, elle n'en devrait pas moins avoir son exécution. Il en serait de même de toutes autres exceptions par lesquelles le débiteur attaquerait ou contesterait au fond le titre en vertu duquel la contrainte serait exercée. En un mot, le président saisi du référé n'a que deux choses à examiner.

La première, si le titre en vertu duquel l'arrestation est faite porte la contrainte par corps, et si ce titre est exécutoire;

La deuxième, si les formalités prescrites par la loi, pour l'exécution de la contrainte, ont été observées par l'huissier.

[[A ces dernières observations, d'ailleurs très exactes, il faut ajouter cependant que le juge du référé est juge nécessaire de la régularité des pièces, en vertu desquelles l'emprisonnement a lieu, par exemple, de la régularité du commandement à fin de contrainte : Paris, 17 déc. 1817 (*J. Av.*, t. 8, p. 659; *J. P.*, 3e édit., t. 14, p. 538).

Relativement à l'incompétence du juge de référé pour connaître de la condamnation en elle-même, l'opinion de M. Carré a encore besoin de quelques précisions. Cette incompétence est absolue, et il importe peu que le jugement qui ordonne la contrainte soit ou non passé en force de chose jugée. Lors même que le débiteur aurait une saisie-arrêt entre les mains, il suffit qu'il n'ait pas fait d'offres réelles, à la charge de rapporter mainlevée et de consigner pour que la sincérité de cet acte soit atteinte de suspicion, suivant l'observation de M. Pardessus, n° 1518. En un mot, le juge de référé ne peut s'arrêter à aucun des moyens que le débiteur n'a pas opposés ou qu'il a inutilement employés lors du jugement.

Cependant M. Coin-Delisle, *Comm.*, p. 57, se fondant sur ce que, aux termes de l'art. 806, les difficultés d'exécution sont des questions de référé, voudrait que les exceptions qui ont pris naissance depuis le jugement, telles que le paiement, la compensation, pussent être portées devant ce juge. Nous examinerons cette opinion au titre des Référés. M. Pardessus, *eod. loc.*, ne partage pas l'opinion de M. Coin-Delisle.

L'art. 17 du décret du 14 mars 1808 exige, pour qu'il soit sursis à l'emprisonnement, que le débiteur justifie du dépôt au bureau des gardes du commerce des pièces suffisantes pour empêcher l'exercice de la contrainte, par le récépissé du vérificateur ou la représentation de l'original de ces significations; à moins qu'il ne se pourvoie en référé.]]

2679. *Le débiteur menacé de prise de corps peut-il agir en référé, même avant l'arrestation?*

Les art. 786, 787 et 788 semblent, ainsi que M. Coffinière en fait la remarque, dans le *Journal des Avoués*, 1re édit., t. 3, p. 229, ne prévoir que le cas où le référé est introduit après l'arrestation du débiteur. Mais de ce que ni ces articles, ni aucun autre du même titre, n'autorisent formellement la voie du référé avant l'exécution de la contrainte par corps, il ne s'ensuit pas que cette voie soit interdite au débiteur; il est fondé à en user, d'après l'art. 806; car il n'est pas d'affaire plus urgente que la demande qu'un individu formerait, afin de prévenir son arrestation, etc.

C'est pourquoi la Cour de Bruxelles, par arrêt du 20 déc. 1810 (*S.* 15.2.194, et *J. Av.*, t. 8, p. 586), a décidé que le débiteur menacé de prise de corps pouvait, à la suite du commandement, et avant l'exécution de la contrainte, se pourvoir en référé pour obtenir un sursis, en se fondant sur ce que le titre qui servait de base aux poursuites a été depuis modifié.

[[L'exactitude de la décision de M. Carré n'est pas douteuse; elle est reconnue par MM. Berriat Saint-Prix, p. 632, not. 20; Thomine Desmazures, t. 2, p. 362, et Dalloz, p. 801, not. 2.

Lorsque, sur la demande du débiteur menacé, survient un jugement qui suspend par provision les poursuites, l'effet en est le même que celui d'une ordonnance ordinaire de référé. Il suit de là qu'un commandement à fin de contrainte, signifié avant la cessation du provisoire, serait un acte absolument sans valeur, et devrait être renouvelé, lors même que toutes les prétentions des créanciers se trouveraient admises par le jugement définitif; c'est ce qu'a décidé avec raison la Cour de cassation, le 16 déc. 1839 (*J. Av.*, t. 58, p. 239; Devill., 1840. 1.145; *J. P.*, t. 2 de 1839, p. 630).]]

[[**2679** bis. *La transcription de l'ordonnance de référé sur le procès-verbal de l'huissier est-elle suppléée par la mention que le président a ordonné qu'il serait passé outre?*

La Cour de Nancy a jugé, le 6 mai 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 236; *J. P.*, 3e éd., t. 21, p. 1436), que cette mention remplissait suffisamment le vœu de l'art. 787. Mais il nous semble, aussi bien qu'à M. Thomine Desmazures, t. 2, p. 364, que la doctrine admise par cet arrêt présente de graves inconvénients; sans doute, l'ordonnance dont il est question dans cet article est, à raison de l'urgence, rendue dans une forme particulière : mais encore doit-elle conserver son caractère propre, qu'une simple citation d'huissier ferait disparaître. L'absence d'une contexture et d'une forme quelconque mettrait le débiteur dans l'impossibilité d'en relever appel.]]

2680. *Si le jugement en vertu duquel on exerce la contrainte par corps a été rendu par défaut, le débiteur peut-il obtenir sursis à l'exécution, en déclarant former opposition?*

Oui, sans doute, d'après les art. 159, 162 et 438, qui permettent de s'opposer par déclaration sur le procès-verbal d'emprisonnement, et qui veulent que l'opposition suspende l'exécution, à moins que l'exécution provisoire n'ait été ordonnée nonobstant ce pourvoi; ce qui n'a lieu, dit M. PIGEAU, t. 2, p. 274, que pour les autres exécutions, et non pour l'emprisonnement, à cause des conséquences. (Voy. *sup.*, *Quest.* 2676.)

Nous remarquerons qu'il suit des articles précités que l'huissier peut prendre sur lui-même de surseoir à l'arrestation; ce ne serait qu'autant qu'il éprouverait quelques difficultés sur les qualifications du jugement qu'il devrait recourir à la voie du référé.

Il résulte encore des mêmes articles que l'huissier ne peut refuser d'inscrire sur son procès-verbal les réponses du débiteur, et sa réquisition à fin de référé. (*Voy.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 480 et 481.)

[[Il est utile d'ajouter quelques précisions aux diverses opinions exprimées par M. Carré.

1° Il est vrai que l'opposition formulée sur le procès-verbal d'emprisonnement ou par acte extrajudiciaire suspend l'exécution, à charge toutefois d'être réitérée par requête dans la huitaine, s'il s'agit d'un jugement émané d'un tribunal civil (art. 162, Cod. proc. civ.), et par exploit d'assignation, dans les trois jours, s'il s'agit de décisions d'un tribunal de commerce (art. 437); mais il n'en serait pas de même de la simple opposition formée, soit contre le commandement, soit contre l'ordonnance qui commet l'huissier, lorsque d'ailleurs le jugement n'est pas susceptible d'être attaqué par cette voie; c'est ce qu'a décidé avec raison la Cour de Montpellier, le 22 août 1827 (*J. P.*, 3e édit., t. 21, p. 728).

2° M. Carré semble admettre que l'exécution provisoire nonobstant opposition ne pourrait être ordonnée en matière d'emprisonnement. Nous ne pouvons adopter cette opinion. L'art. 155 est général, et l'art. 159 renouvelle la même disposition en termes également généraux. Il est même à remarquer que, dans ce dernier article, il a été fait mention de l'emprisonnement, sans qu'aucune expression permette de supposer une exception. Au surplus, M. Pigeau ne se sert pas de ces termes, *n'a lieu*, mais bien de ceux-ci, *ce qu'on n'ordonne...*, c'est-à-dire ce que les juges n'ordonnent pas pour l'emprisonnement, sans que l'auteur veuille en conclure qu'ils n'ont pas le droit de prononcer l'exécution provisoire.

3° Sur le point de savoir quand et comment il est permis aux juges de surseoir à l'exercice de la contrainte, Voy. les *Quest.* 541 et suiv.

4° Il suit des principes exposés par M. Carré que le débiteur pourrait demander la nullité d'un emprisonnement effectué nonobstant opposition, dans les cas où l'exécution provisoire n'était pas prescrite, et cela lors même que l'opposition aurait été déclarée de nul effet. Un arrêt de Turin, 1er févr. 1813 (*J. Av.*, t. 12, p. 641), a admis cette conséquence. *Voy.* notre *Quest.* 661, t. 2, p. 87.]]

[[**2680** bis. *Dans le ressort de la compétence des gardes du commerce n'est-il pas, en outre du référé, des cas à raison desquels il doit être sursis à l'arrestation?*

La création, à Paris, d'un corps spécial d'officiers ministériels, exclusivement

chargés de l'arrestation des individus contraignables, et le besoin d'imprimer à ce corps une action énergique et centralisatrice, ont déterminé le législateur à établir un bureau spécial, où devront être remises, et les pièces à raison desquelles la contrainte est exercée, et celles au moyen desquelles le débiteur espère en éviter l'effet : si donc ce dernier, au moment de l'arrestation, prétend avoir déposé au bureau des gardes un acte d'opposition ou d'appel, ou tout autre acte de nature à suspendre l'exercice de la contrainte, il devra en justifier par récépissé du vérificateur ou par l'apposition de sa signature sur l'original des significations, faute de quoi il sera passé outre à l'emprisonnement.

Au reste, le créancier, du moment de la remise des pièces, sera tenu d'en donner sur-le-champ avis au garde chargé de l'arrestation, lequel sera dès lors obligé de surseoir jusqu'à ce qu'il en soit autrement ordonné. (*Voy.* décret du 14 mars 1808, art. 9 et suiv.; *J. Av.*, t. 8, p. 521.)]]

Art. 788. Si le débiteur ne requiert pas qu'il en soit référé, ou si, en cas de référé, le président ordonne qu'il soit passé outre, le débiteur sera conduit dans la prison du lieu; et s'il n'y en a pas, dans celle du lieu le plus voisin : l'huissier et tous autres qui conduiraient, recevraient ou retiendraient le débiteur dans un lieu de détention non légalement désigné comme tel, seront punis comme coupables du crime de détention arbitraire.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 275, n° 44.] — Cod. proc. civ., art. 114, 119, 122 et 764. — Cod. d'inst., art. 615 et suiv. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Contrainte par corps*, n°s 257 à 263. — Devilleneuve, v° *Emprisonnement*, n°s 68 à 71. — Arm. Dalloz, v° *Contrainte par corps*, n°s 569 à 575. — Locré, t. 22, p. 497, n° 112.

Questions traitées : L'arrestation devrait-elle être annulée, si le débiteur n'avait pas été conduit dans la maison d'arrêt la plus voisine? *Q.* 2681. — Le débiteur qui, lors de son arrestation, aurait été conduit non pas dans une prison, mais dans une maison particulière pour y passer la nuit, ne pourrait il, sur ce motif, et quoiqu'il y eût consenti, demander et faire prononcer la nullité de son emprisonnement? *Q.* 2682. — Mais si le débiteur conduit à la maison d'arrêt du lieu demande, avant l'écrou, à être conduit dans une maison d'arrêt plus voisine, peut-il, sous prétexte qu'il n'a pas été écroué dans la première, demander la nullité de l'emprisonnement effectué dans la seconde? *Q.* 2683. — Un débiteur peut-il demander à être conduit dans une maison d'arrêt autre que celle du lieu de l'arrestation? Un créancier peut-il former la même demande? *Q.* 2683 *bis*. — Quelles sont les peines qu'encourraient l'huissier et tous autres qui retiendraient le débiteur dans un lieu de détention non désigné par la loi? *Q.* 2684. — Si quelque incident, pendant le transport, forçait à séjourner en route, où devrait-on déposer le débiteur? *Q.* 2685.]

2681. *L'arrestation devrait-elle être annulée, si le débiteur n'avait pas été conduit dans la maison d'arrêt la plus voisine?*

L'art. 788 veut que le débiteur soit conduit dans la prison du lieu, et s'il n'y en a pas, dans celle du lieu le plus voisin; mais attendu qu'il ne prononce pas de nullité, la Cour de Toulouse, par arrêt du 9 janv. 1809 (*V.* Sirey, t. 9, DD., p. 239, et *J. Av.*, t. 8, p. 553), a jugé avec raison que la violation de cet article ne donnait lieu qu'à des dommages-intérêts envers l'officier ministériel.

MM. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 472, et Thomine Desmazures, t. 2, p. 265, sont du même avis : nous ne le partageons pas; l'incarcération d'un débiteur dans la maison d'arrêt la plus rapproché de son domicile est un droit qui peut lui être utile et dont il ne saurait être arbitrairement dépouillé. D'ailleurs, l'art. 788 ne dit pas qu'il sera conduit dans *une prison voisine*, mais dans la prison *la plus voisine*, qui se trouve être par conséquent le lieu de détention légalement désigné, c'est-à-dire le seul où il puisse être conduit. Ainsi la nullité prononcée par l'art. 794 s'applique à un double titre à l'incarcération effectuée dans une autre maison d'arrêt, MM. Berriat Saint-Prix, p. 754, n° 325, et

COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 57, ainsi qu'un arrêt de Bordeaux, 20 nov. 1829 (*J. Av.*, t. 39, p. 44, et *J. P.*, 3ᵉ édit., t. 22, p. 1529), ont résolu la question dans le même sens.

Il faut d'ailleurs concilier les lois d'exécution avec celles de compétence, et ainsi, par la maison d'arrêt la plus voisine du lieu de l'arrestation, entendre la plus voisine dans l'arrondissement où l'huissier est en droit d'instrumenter. (*V.* décret du 14 juin 1813, art. 2.)]]

2682. ***Le débiteur qui, lors de son arrestation, aurait été conduit non pas dans une prison, mais dans une maison particulière pour y passer la nuit, pourrait-il, sur ce motif, et quoiqu'il y eût consenti, demander et faire prononcer la nullité de son emprisonnement?***

La Cour de Bordeaux, par arrêt du 17 juill. 1811 (S. 11.2.482, et *J. Av.*, t. 8, p. 597), s'est prononcée pour l'affirmative, attendu que le débiteur avait été retenu en chartre privée dans un lieu non légalement désigné pour être un lieu de détention (1).

[[Nul doute que le fait d'avoir retenu arbitrairement le débiteur dans un lieu qui n'est pas désigné par la loi pour servir de maison d'arrêt, n'entraîne non-seulement les peines prononcées contre l'huissier par l'art. 788, mais encore la nullité de l'incarcération. Mais lorsque le débiteur a consenti à être provisoirement conduit en ce lieu, soit par la nécessité du moment, soit d'après ses convenances, n'y a-t-il pas de sa part mauvaise foi à s'en plaindre, et à réclamer le bénéfice de l'art. 788, et les termes mêmes de *détention arbitraire* dont se sert cet article ne repoussent-ils pas invinciblement sa prétention?

La Cour de Besançon, 30 mars 1827 (*Courr. des tribun.*, n° 2, octobre de la même année, et de Grenoble, 9 mai 1825 (*J. Av.*, t. 31, p. 353), l'ont cru ainsi, et leur décision nous paraît fondée en droit comme en équité. Nous supposons, au reste, une détention essentiellement provisoire, car il est évident qu'un accord ne saurait, pour un temps plus ou moins long, transformer une maison ordinaire en maison d'arrêt, ou, pour mieux dire, une telle convention ne lierait aucune des deux parties.]]

2683. ***Mais si le débiteur conduit à la maison d'arrêt du lieu demande, avant l'écrou, à être conduit dans une maison d'arrêt plus voisine, peut-il, sous prétexte qu'il n'a pas été écroué dans la première, demander la nullité de l'emprisonnement effectué dans la seconde?***

Nous ne le pensons pas, parce qu'étant conduit dans la maison désignée par la loi, et ensuite dans une maison désignée comme lieu de détention, il ne peut se plaindre d'avoir été retenu en chartre privée, seul cas auquel s'applique la solution que nous venons de donner au numéro précédent.

[[Les raisons que nous avons présentées sous le même numéro s'appliquent à celui-ci, et viennent à l'appui de l'opinion de M. Carré.]]

---

(1) On sent combien les huissiers doivent être attentifs à se conformer strictement à la disposition de l'art. 788, afin d'éviter les peines prononcées par le Code pénal. (*Voy.* la *Quest.* 2684.) Il est de leur prudence de ne procéder à l'arrestation qu'à une heure convenable, pour se rendre de jour à la prison la plus voisine, et si l'arrestation était faite trop tard, il deviendrait nécessaire d'effectuer la conduite de nuit.

[[**2683** bis. *Un débiteur peut-il demander à être conduit dans une maison d'arrêt autre que celle du lieu de l'arrestation?*
Un créancier peut-il former la même demande?

Il ne résulte pas des principes exposés sous les questions précédentes qu'un débiteur soit le maître de choisir le lieu où il sera détenu : la loi, en fixant elle-même ce lieu, lui refuse implicitement une faculté dont il ne tirerait le plus souvent d'autre avantage que de rendre plus embarrassantes et plus difficiles les obligations de ses créanciers. Cependant, comme il peut, à raison de certaines circonstances, être avantageux pour lui d'être détenu en un endroit plutôt qu'en un autre, il était équitable de lui permettre de demander cette translation, si, par exemple, arrêté hors de chez lui, il désirait être conduit à la prison de son domicile. La Cour de Paris, 20 janv. 1813 (*J.Av.*, t. 8, p. 606), a remarqué avec raison que ce n'était pas la seule circonstance à raison de laquelle le tribunal pût faire droit à sa demande, et que tout, sur ce point, était remis à l'appréciation des magistrats.

Il est certain d'ailleurs qu'avant de la former, le débiteur devait suivre l'huissier dans la maison voisine, ce qui attribue de droit compétence pour en connaître au tribunal du lieu de la détention, comme l'a jugé la Cour d'Agen, le 4 déc. 1830 (*J. Av.*, t. 41, p. 428; *J. P.*, t. 23, p. 913, et Devill., 1832.2.43).

Cette faculté que nous reconnaissons au débiteur peut-elle également être accordée aux créanciers? Est-il permis à ceux-ci de demander, pour des raisons de convenance à eux particulières, sa translation dans une autre maison d'arrêt, en offrant d'ailleurs de payer les frais du voyage, et les tribunaux peuvent-ils faire droit à leur demande? Nous ne pensons point que la raison de décider soit la même dans les deux cas, si l'on ne considérait pas la fixation par la loi d'un lieu de détention comme un *droit acquis* au débiteur : ce serait au moins une prescription légale, qui peut fléchir par des raisons d'humanité, mais contre laquelle des considérations moins graves ne sauraient prévaloir ; de plus, il faut considérer qu'il ne dépendait pas du débiteur d'être arrêté dans tel endroit plutôt que dans tel autre, tandis que les créanciers, maîtres d'agir, doivent subir les conséquences de leur détermination. Aussi quelque inconvénient qui résulte pour eux de la situation de la maison d'arrêt où leur débiteur est détenu, le refus de celui-ci de se laisser conduire dans une autre, serait, selon nous, un obstacle insurmontable au succès de leur réclamation.

Seraient-ils du moins en droit de former opposition à la demande en translation de la part du débiteur? Ce droit nous paraît résulter incontestablement de ce que ce dernier n'est pas libre de l'effectuer à sa volonté, et de ce que les tribunaux devraient au contraire lui refuser ce droit si, sans avantage pour lui-même, il portait préjudice à l'intérêt de ses créanciers; ainsi leur opposition sera reçue, sauf au juge à y avoir tel égard que de droit, comme l'a jugé avec raison la Cour d'Agen, le 4 déc. 1830 (*J. Av.*, t. 41, p. 425, et *J. P.*, 3e édit., t. 23, p. 913), et la Cour de Bordeaux en décidant le 5 fév. 1839 (*J. Av.*, t. 56, p. 298), qu'on ne pouvait pas obliger le débiteur à fournir caution, lorsque le tribunal ne l'avait pas ordonné, a fait une application non moins exacte des mêmes principes.

Mais de cela seul que les créanciers se sont opposés à la translation ou simplement qu'ils y sont demeurés étrangers, il est certain que les frais de voyage ne sauraient être mis à leur charge; le débiteur ne pourrait non plus leur imputer l'inobservation de certaines formes lors de sa translation, ni leur inférer grief de ce qu'ils n'ont pas élu domicile à sa nouvelle maison d'arrêt, et par conséquent demander, à raison de ces faits, la nullité de son emprisonnement. C'est ce qu'a également reconnu la Cour d'Agen, 22 fév. 1837 (*J. Av.*, t. 56, p. 112).]]

2684. *Quelles sont les peines qu'encourraient l'huissier et tous autres qui retiendraient le débiteur dans un lieu de détention non désigné par la loi ?*

Ce sont celles que prononce l'art. 122 [[et l'art. 114]] du Code pénal.
[[*Voy.* notre théorie du Code pénal, t. 1er, p. 330 et 352, et t. 3, p. 131; M. Souquet, *Dict. des temps légaux*, v° *Chartre privée*, 53e tabl., 5e col., nos 1 à 14 *in fine*.]]

2685. *Si quelque incident, pendant le transport, forçait à séjourner en route, où devrait-on déposer le débiteur ?*

Le seul moyen d'éviter en ce cas la peine de la détention arbitraire, serait de mettre le débiteur dans la maison de dépôt, ou de prendre l'autorisation du maire pour le garder à vue, dans la maison qu'indiquerait ce fonctionnaire. (*V.* Pardessus, t. 5, p. 279.)

On sent, et c'est aussi ce qui a été jugé par la Cour de Colmar, le 10 déc. 1810 (S. 21.2.22, et *J. Av.*, t. 8, p. 643), qu'il n'y aurait pas lieu à annuler un emprisonnement, par cela seul que l'huissier aurait fait avec le débiteur une station dans une auberge sur la route pour s'y reposer, et on ne peut dire, en cette circonstance, comme en toute autre où il serait justifié qu'il y a eu nécessité de s'arrêter, qu'il y ait eu détention arbitraire dans le sens de l'art. 788.

[[Des règles qu'il faut combiner entre elles, dominent et résolvent les difficultés de cette nature; toutes dérivent d'ailleurs d'une même considération. Le soin de ne pas aggraver la position que fait au débiteur l'exercice de la contrainte. En fixant pour lieu de détention la maison d'arrêt la plus voisine, et en prescrivant d'y mener immédiatement le débiteur, la loi défend à son égard tout retard, toute aggravation d'une pénalité déjà très rigoureuse : c'est en conformité de ce principe que la Cour de Bourges, 26 août 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 351, et *J. P.*, t. 18, p. 146), a jugé que la translation du débiteur, opérée un jour férié, ne rendait pas l'emprisonnement nul, comme le ferait l'arrestation effectuée pendant un jour semblable. Mais si les prescriptions de l'art. 788 doivent être rigoureusement observées, à peine de nullité, nous croyons que cela n'est vrai, du moins quant aux infractions temporaires et peu importantes, que lorsqu'elles vont à l'encontre de l'esprit aussi bien que des termes de l'article, et cette nouvelle règle modifie ce qu'il y a de trop absolu soit dans l'opinion de M. Carré, soit dans quelques décisions judiciaires, qui, dans l'intérêt mal entendu du débiteur, tendraient en définitive à le priver du bénéfice de certains ménagements qu'elles ont rendus dangereux; c'est ce qui, sous la *Quest.* 2682, nous a paru justifier l'infraction résultant de ce que le débiteur n'a pas été conduit immédiatement en prison, lorsqu'elle provient de sa volonté : à plus forte raison, ce nous semble quand des motifs d'humanité ou de convenance en sont la seule cause : si donc, avant d'arriver à la maison d'arrêt, le prisonnier éprouve le besoin de prendre quelque nourriture, et que l'huissier lui permette de s'arrêter à cet effet, dans une auberge ou maison particulière, il serait inconcevable que l'on qualifiât cette tolérance de détention arbitraire. La doctrine de M. Carré et de la Cour de Colmar ne saurait donc sur ce point être contestée, et c'est ce qu'a reconnu M. Thomine Desmazures, t. 2, p. 365. Cependant M. Coin-Delisle, *Comm.*, p. 58, enseigne que dans ce cas, le débiteur devient libre; il faudra donc ou que l'huissier lui refuse ce qu'exige impérieusement la nature, ou que son éloignement d'une maison d'arrêt soit pour lui un gage presque certain d'impunité ! Double conséquence également inadmissible de ce faux principe, que le débiteur recouvre sa liberté, par cela seul qu'il touche le seuil d'une

porte; il faudrait alors dire qu'il la recouvre, lorsqu'il est conduit en référé chez le président du tribunal, ce que personne n'a jamais soutenu. Il doit en être de même dans le cas actuel. Mais ce qui est permis à l'huissier, lorsque le prisonnier réclame des aliments, devrait l'être par la même raison lorsque, ne pouvant arriver avant la nuit à la prison, il s'arrête sur la route pour procurer à tous deux le repos et le sommeil dont ils n'ont pas moins besoin que de nourriture. Les Cours de Bourges, 26 août 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 321), et de Rennes, 12 juill. 1809 (*J. Av.*, t. 8, p. 625), ont jugé, conformément à l'opinion de M. Carré, qu'il était dans ce cas permis à l'huissier de placer provisoirement le débiteur dans un lieu de dépôt légalement désigné, et, par conséquent, sans qu'il fût besoin de l'y écrouer. *Voy.* aussi Cassat., 28 avril 1036 (*J. Av.*, t. 51, p. 587.) Cette décision est juste sans doute: mais s'il est impossible de s'y conformer, ou si le débiteur demande à passer la nuit dans un endroit plus convenable, nous ne voyons point dans une mesure prise uniquement dans son intérêt, le germe d'une nullité que la loi prononce dans une prévision toute contraire; c'est donc à tort, selon nous, que la Cour de Bordeaux, 7 juill. 1811 (*J. Av.*, t. 8, p. 597), l'a prononcée dans ce cas, et que, sans aller aussi loin, celle de Toulouse, 1er sept. 1824 (*J. Av.*, t. 29, p. 95, et *J. P.*, t. 18, p. 1029), l'a attachée en principe au fait d'avoir conduit le prisonnier dans une maison non désignée par l'autorité locale; cela ne serait exact que tout autant que la volonté du débiteur serait demeurée étrangère à ce choix : autrement cette désignation, souvent fort difficile à obtenir ou à faire, ne serait utile que pour prévenir de la part du débiteur la possibilité d'un refus de continuer sa route; mais nous ne concevons pas que la validité de l'emprisonnement qui aurait lieu ensuite sans obstacle fût affecté par cette circonstance.]]

ART. 789. L'écrou du débiteur énoncera, 1° le jugement; 2° les nom et domicile du créancier; 3° l'élection de domicile, s'il ne demeure pas dans la commune; 4° les nom, demeure et profession du débiteur; 5° la consignation d'un mois d'aliments au moins; 6° enfin, mention de la copie qui sera laissée au débiteur, parlant à sa personne, tant du procès-verbal d'emprisonnement que de l'écrou. Il sera signé de l'huissier(1).

Tarif, 53 et 55. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 275, n°s 42 et 44.] — Ordonn. de 1670, tit. 13, art. 13. — Cod. proc. civ., art. 783, 791, 794. — Décret du 14 mars 1808. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Contrainte par corps*, n°s 264 à 268, 269 à 285. — Devilleneuve, v° *Emprisonnement*, n°s 72 à 86. — Arm. Dalloz, v° *Contrainte par corps*, n°s 604 à 622. — Locré, t. 22, p. 497, n° 113.

Q ESTIO S TRAITÉES : Qu'est-ce que l'écrou? doit-il être fait par l'huissier ou par le geôlier? *Q.* 2686. — Le débiteur arrêté avant le coucher du soleil peut-il être écroué après, lorsque la prison est tellement éloignée du lieu de l'arrestation, qu'il ne peut y être conduit de jour? *Q.* 2687. — La consignation d'un mois d'aliments est-elle nécessaire, lorsque la contrainte est exercée contre un débiteur à la requête de l'agent du trésor public, ou de tout autre fonctionnaire public, pour cause de dettes de l'État? *Q.* 2688. — Les aliments à consigner sont-ils dus par chaque période de trente jours, et non par chaque mois, tels qu'ils sont fixés par le calendrier grégorien? *Q.* 2689. — La confection de l'acte d'écrou doit-elle exactement concorder avec la remise du débiteur entre les mains du geôlier, à peine de nullité de l'emprisonnement? *Q.* 2689 *bis*. — La copie, tant du procès-verbal d'emprisonnement que de l'écrou, doit-elle être remise sur-le-champ au débiteur? *Q.* 2690. — La mention que la copie a été remise au débiteur au moment de l'écrou, doit-elle tenir lieu de parlant à? *Q.* 2691. — La nullité résultant, soit de ce que l'acte d'écrou n'a pas été rédigé au moment de l'incarcération, soit de ce que la remise de cet acte, ainsi que du procès-verbal d'emprisonnement au débiteur, n'a pas été faite ou consacrée immédiatement, serait-elle couverte par l'exécution postérieure de ces diverses formalités? *Q.* 2691 *bis*. — Si la copie de l'écrou donnée au débiteur présente

---

(1) [Mention de cette signature n'est pas exigée (induction d'un arrêt de Toulouse, 11 fév. 1808, *J. Av.*, t. 8, p. 516; *J. P.*, 3e éd., t. 6, p. 504).]

une omission des formalités prescrites par l'art. 789, y aurait-il nullité, quoique l'écrou ne présentât pas cette omission? *Q.* 2692. — La copie du procès-verbal d'écrou peut-elle être signifiée par le même acte qui contient celle du procès-verbal d'emprisonnement? *Q.* 2692 *bis*. — Dans quelle forme le procès-verbal d'écrou doit-il être notifié au débiteur? *Q.* 2692 *ter*. — Est-il nécessaire que l'écrou soit signé par le geôlier? *Q.* 2693 (1).]

2686. *Qu'est-ce que l'écrou? Doit-il être fait par l'huissier ou par le geôlier?*

L'écrou est un procès-verbal écrit, *soit par l'huissier, soit par le geôlier*, sur le registre de la geôle, et qui charge celui-ci de la garde du débiteur, et en décharge l'huissier. Ce procès-verbal établit conséquemment entre l'huissier et le geôlier un contrat qui décharge le premier de la personne arrêtée, et en charge l'autre. (*Voy.* THOMINE DESMAZURES, p. 288.)

Nous disons que l'écrou est écrit, soit par l'huissier, soit par le geôlier, parce qu'il a été décidé par deux arrêts de la Cour de Paris, l'un du 14 déc. 1807 (*J. Av.*, t. 8, p. 509), l'autre du 23 janv. 1808 (Voy. *S.*, suppl. pour 1808 et 1809, p. 512, *Jurisp. de la proc.*, t. 1, p. 256 et 317, et *J. Av.*, t. 8, p. 511), que les huissiers ou les gardes de commerce ont le droit de rédiger les actes d'écrou, bien que l'on pût être porté à croire, d'après l'art. 790, que ce serait au gardien ou geôlier d'écrouer le débiteur.

Mais cette Cour a considéré que le Code de procédure n'interdit, par aucune disposition précise, aux huissiers et gardes de commerce, le droit qu'ils avaient avant sa publication, et l'usage constant où ils étaient de rédiger les actes d'écrou; ce qui se trouve confirmé par les art. 53 et 55 du Tarif, qui leur accordent des salaires, tant pour les actes d'emprisonnement que pour la copie de ces actes.

Telle est aussi l'opinion de M. PIGEAU, t. 2, part. 5, tit. 4, ch. 1er, sect. 4, div. 3, n° 17; M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 634, not. 29, fait remarquer que le pouvoir que ces arrêts donnent à l'huissier de rédiger l'écrou peut être fondé non-seulement sur ce que la loi ne le lui a pas refusé, mais encore sur ce qu'il paraît plus conforme à l'esprit du Code de le lui acccorder. En effet, dit cet auteur, si le geôlier rédige l'écrou, comment y fera-t-il mention du *parlant à*, exigé par la loi, dès que les notifications ne sont pas de son ministère?

Il faut néanmoins remarquer, d'une part, que l'on a retranché de l'art. 802 du projet une disposition qui prescrivait à l'huissier de rédiger l'écrou; de l'autre, que l'art. 78 de la loi du 22 frim. an VIII (constitution de l'an VIII), et les art. 607 et 608 du Code d'instruction criminelle, prescrivent au geôlier de tenir un registre où l'huissier *fait inscrire*; d'où l'on pourrait induire que l'article 789 a entendu prescrire la rédaction de l'écrou par l'huissier; mais M. Berriat Saint-Prix répond qu'il ne s'agit, dans le Code d'instruction, que de l'*acte* en vertu duquel l'arrestation a eu lieu, et qui est aussi indiqué par l'art. 790 du Code de procédure. (*Voy.* PAILLIET, sur l'art. 789, p. 561.)

[[Les Cours de Besançon, 23 juill. 1812, et de Bruxelles, 6 mai 1813 (*J. Av.*, t. 8, p. 509; *J. P.*, 3e éd., t. 10, p. 594, et t. 11, p. 351), ont aussi attribué à l'huissier le droit de rédiger l'acte d'écrou : mais selon ces arrêts, dont la doctrine est approuvée par MM. MERLIN, *Rép.*, v° *Ecrou*, et DALLOZ,

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° L'élection de domicile faite dans le procès-verbal d'emprisonnement doit être, à peine de nullité, insérée dans le procès-verbal d'écrou; Nîmes, 15 juin 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 314, et *J. P.*, 3e éd., t. 22, p. 1131); et ce moyen peut être proposé pour la première fois en appel; Aix, 23 août 1826 (*J. P.*, 3e éd., t. 20, p. 838);

2° Ces expressions, dans un écrou, *habitant de telle commune*, indiquent suffisamment le domicile du créancier; Pau, 16 fév. 1813 (*J. Av.*, t. 8, p 530).]

t. 3, p. 502, not. 2, il faudrait aller plus loin et annuler l'acte rédigé par le geôlier lui-même : aux raisons données par M. Carré pour repousser cette opinion trop exclusive, et que nulle prescription légale ne justifie, on peut ajouter qu'en admettant même, à l'égard de l'huissier, l'obligation qu'elle consacre, la signature que l'art. 789 lui enjoint d'apposer à cet acte prouve suffisamment sa volonté d'en adopter la contexture et repousse, par conséquent, la nullité résultant de ce qu'il y serait resté étranger. Aussi adoptons-nous de préférence l'opinion de M. Carré, soutenue d'ailleurs par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 688, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 367, et par deux arrêts plus récents, l'un de Toulouse, 1er sept. 1824 (*J. Av.*, t. 29, p. 95), et l'autre de Nancy, 21 août 1838 (*J. Av.*, t. 56, p. 61; DEVILL., 1838.2.381).]]

2687. *Le débiteur arrêté avant le coucher du soleil, peut-il être écroué après, lorsque la prison est tellement éloignée du lieu de l'arrestation qu'il ne peut y être conduit de jour?*

Nous croyons que l'écrou peut avoir lieu après le coucher du soleil, parce que l'art. 781 ne s'applique qu'au fait de l'arrestation. A la vérité, l'art. 1037 défend toute exécution à certaines heures qu'il indique ; mais nous ne croyons pas qu'on puisse en argumenter contre la solution que nous venons de donner, parce que cet article, ainsi que l'atteste l'orateur du Gouvernement, a particulièrement pour objet de régulariser l'application du principe d'après lequel il est interdit aux officiers ministériels et aux agents de la police de pénétrer de nuit dans la demeure des parties. Or, lorsque le débiteur est arrêté, le motif de la disposition de l'art. 1037 n'existe plus, et par conséquent il n'y a pas lieu à suspendre, d'après cet article, les actes exigés par celui que nous expliquons.

[[La Cour de Grenoble, le 9 nov. 1825 (*J. Av.*, t. 31, p. 353 ; *J. P.*, 3e éd., t. 19, p. 933), a suivi l'avis de M. Carré, et cette solution, que nous adoptons aussi, ne contrarie nullement celle que nous avons présentée sous la *Quest.* 2685. Nous avons reconnu que l'huissier peut s'arrêter, à la nuit tombante, dans un lieu de repos ; mais c'est là pour lui un droit facultatif, et, en présence de certains arrêts dont nous avons parlé sous cette question, peut-être y aurait-il de sa part plus d'humanité que de prudence à vouloir en user. C'est donc à tort que M. COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 57, semble refuser à l'huissier le pouvoir de faire la conduite de nuit ; cette précaution, indiquée spécialement par M. Carré, dans sa note sur la *Quest.* 2682, ne suffirait pas pour justifier contre lui une action en dommages, à moins de circonstances particulières, telles que le serait la maladie du débiteur. Mais quant à l'emprisonnement, sa validité ne saurait, dans aucun cas, en être affectée. *Voy.* notre *Quest.* 2689 *bis.*]]

2688. *La consignation d'un mois d'aliments est-elle nécessaire, lorsque la contrainte est exercée contre un débiteur à la requête de l'agent du trésor public ou de tout autre fonctionnaire public, pour cause de dettes de l'Etat?*

Non, parce qu'un décret du 14 mars 1808 (*J. Av.*, t. 8, p. 520), dispose que les débiteurs de l'Etat recevront la nourriture comme les prisonniers détenus à la requête du ministère public, et que la dépense sera comprise chaque année au nombre de celles du département de l'intérieur, pour le service des prisons.

[[La raison en est que l'Etat pourvoyant par des fonds généraux à la subsistance des prisonniers, il était inutile de s'assujettir à des consignations particulières qui rentrent dans cette dépense.

Le même motif subsistant toujours, la loi de 1832, guidée, en ordonnant une consignation préalable, par la pensée de prévoyance qui avait dicté l'art. 789,

n'a pas entendu abroger le décret de 1808, comme le soutient M. FOELIX, *Comm.*, p. 59, n° 3. MM. DUVERGIER, t. 32, p. 204, note 5, et COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 109, ont aussi relevé cette erreur. M. SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, 141e table, 5e col., nos 58 et 59, ajoute, avec raison, que les administrations publiques, telles que celle des contributions indirectes, sont dispensées de faire la consignation d'aliments; *V.* Cass., 12 mai 1835 (*J. P.*, 3e éd., t. 27, p. 168).

Il est d'ailleurs évident que son application se restreint aux personnes pour l'entretien desquelles des sommes annuelles sont votées, c'est-à-dire pour les débiteurs de l'Etat. Ceux des communes, par exemple, ou des établissements publics n'ayant rien à réclamer à ce sujet, la consignation ordinaire leur est due, bien que M. GINOUVIER, p. 111, dise le contraire.

A raison des condamnations prononcées en matière pénale au profit de particuliers, ceux-ci seront tenus de pourvoir à la consignation d'aliments, lorsque la contrainte aura eu lieu à leur requête et dans leur intérêt; Loi du 17 avril 1832, art. 38 (*J. Av.*, t. 42, p. 217).]]

2689. *Les aliments à consigner sont-ils dus par chaque période de trente jours, et non par chaque mois, tels qu'ils sont fixés par le calendrier grégorien?*

Cette question avait été décidée en sens divers. Suivant certains arrêts, il eût fallu faire la consignation par chaque période de trente jours, et non par chaque mois, suivant d'autres, elle eût dû être faite par chaque mois composé de plus ou moins de jours. La Cour de cassation a fait cesser toute incertitude, en décidant, par arrêt du 21 novembre 1820 (*J. Av.*, t. 8, p. 664), que les aliments dus aux prisonniers pour dettes, et fixés à 20 fr. par mois par l'art. 14 de la loi du 15 germ. an VI, sont dus par jour, à raison de 13 sous 4 deniers, ou 66 cent. deux tiers, pendant l'année de trois cent soixante-cinq ou trois cent soixante-six jours. Le 7 fév. 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 289; *J. P.*, 3e éd., t. 16, p. 364), la Cour royale de Rouen, sur le renvoi qui lui avait été fait, a décidé la question dans le même sens.

Ainsi, comme l'avait déjà décidé la Cour de Toulouse, par arrêt du 16 mars 1818 (S. 18.2.255, et *J. Av.*, t. 8, p. 660), on doit entendre l'art. 789 en ce sens, que la consignation des aliments doit être faite d'avance et par chaque mois, c'est-à-dire après vingt-huit, trente ou trente-un jours, suivant la durée du mois dans le calendrier grégorien; mais qu'il n'a point dérogé à l'obligation prescrite par la loi de germinal, de consigner 20 fr. par chaque trente jours, ou, ce qui est la même chose, comme nous l'avons dit, 66 cent. deux tiers. (Voy. *Quest.* 2695.)

[[Les art. 28 et 29 de la loi du 17 avril 1832 enlèvent tout intérêt à cette question (*J. Av.*, t. 42, p. 213).]]

[[**2689** bis. *La confection de l'acte d'écrou doit-elle exactement concorder avec la remise du débiteur entre les mains du geôlier, à peine de nullité de l'emprisonnement?*

L'art. 789 ne le dit pas; mais cette obligation résulte implicitement de la nature de cet acte et de la combinaison de divers textes. En vertu de l'art. 608, Cod. d'inst. crim., tout exécuteur d'un jugement de condamnation est tenu, avant de remettre au gardien la personne qu'il conduit, de faire inscrire sur le registre l'acte dont il est porteur. Si, de cette disposition générale, nous descendons à la question actuelle, il est universellement reconnu que c'est par l'écrou seul que l'huissier est déchargé de sa responsabilité; jusqu'à la confection de cet acte, le débiteur captif n'est pas prisonnier, dans le sens légal du mot; la détention qu'il subit est arbitraire, et donne ouverture tant à l'action en nul-

lité qu'aux pénalités que prononce l'art. 788. Il importerait même peu, comme l'a décidé la Cour de Bourges, 26 août 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 321; *J.P.*, 3e éd., t. 18, p. 146), que le débiteur fût arrivé à la maison d'arrêt un jour férié ou après le coucher du soleil ; car la rédaction de l'écrou n'est pas, à proprement parler, un acte d'exécution, mais la suite nécessaire, la continuation d'un acte d'exécution légalement effectué. (*Voy.* d'ailleurs la *Quest.* 2687 et la suiv.)]]

2690. *La copie, tant du procès-verbal d'emprisonnement que de l'écrou, doit-elle être remise sur-le-champ au débiteur ?*

Parmi les auteurs, les uns supposent, les autres admettent formellement l'affirmative de cette question. (*Voy.* surtout DEMIAU-CROUZILHAC, p. 48.)

En effet, la loi n'ayant fixé aucun délai, on doit dire que la remise de la copie doit suivre immédiatement la confection du procès-verbal d'écrou ; qu'il doit constater une remise faite, et non une remise à faire. L'huissier serait d'ailleurs sans prétexte pour retarder cette remise ; il a tout le temps nécessaire pour faire, par lui-même ou par d'autres, au bureau de la geôle, la copie des deux procès-verbaux, et la circonstance que l'heure serait avancée ne saurait être une cause.

L'heure n'a pas été tardive pour enfermer le débiteur ; elle ne doit pas l'être, dit M. Demiau-Crouzilhac, pour lui donner la satisfaction des formalités auxquelles il a un droit acquis dès l'instant où on le constitue prisonnier; et quand une exécution de cette nature est commencée de jour, on peut la continuer jusqu'à ce qu'elle soit finie, *quoique la nuit soit survenue*, lorsque le tout se fait sans interruption. (Voy. *Quest.* 2687.)

[[Cette opinion est aussi celle de MM. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 367, et SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, 141e tableau, 5e col. La jurisprudence est fixée en ce sens par arrêts de Bastia, 26 août 1826 (*J. Av.*, t. 33, p. 118) ; de Cassation, 16 déc. 1839 (*J. Av.*, t. 58, p. 239 ; DEVILL., 1840.1.145 ; *J. P.*, t. 2 de 1839, p. 630), et de la Cour de Paris, 13 janv. 1842 (*J. Av.*, t. 62, p. 318; DEVILL., 1842.2.61). Il est, en effet, indubitable que l'une et l'autre copies devant être mentionnées au procès-verbal d'écrou, lequel doit lui-même être rédigé immédiatement après l'arrivée à la maison d'arrêt, comme nous l'avons décidé sur la question précédente, doivent par cela même être à l'instant remises au prisonnier. Ces arrêts n'ont fait par conséquent qu'appliquer à l'infraction d'une prescription légale, la sanction prononcée par l'art. 794.]]

2691. *La mention que la copie a été remise au débiteur au moment de l'écrou, doit-elle tenir lieu du* PARLANT A ?

La Cour de Riom, par arrêt du 14 oct. 1808 (*J. Av.*, t. 8, p. 547; *J. P.*, 3e édit., t. 7, p. 173), a résolu celle-ci pour l'affirmative, attendu qu'un acte d'écrou qui fait mention expresse que copie de cet acte, de celui de sa capture, etc., a été laissée au débiteur *au moment de son écrou*, constate sa présence, et prouve que cette copie a été laissée à sa personne.

Nous croyons cette décision d'autant mieux fondée, qu'en disant que l'écrou contiendra *mention de la copie qui sera laissée au débiteur en parlant à sa personne....*, la loi ne paraît exiger dans l'écrou que la mention constatant que la copie a été laissée, et non pas celle du *parlant à*, qui n'est prescrite que pour l'acte de signification de cette copie : ce ne serait donc que dans le cas où ce dernier acte ne contiendrait pas le *parlant à* que l'on pourrait argumenter de l'art. 789, pour demander la nullité de l'emprisonnement.

[[Nous approuvons, aussi bien que M. Carré, l'arrêt de Riom précité ; mais nous ne saurions en induire que le *parlant à*, qui doit se trouver dans la copie de l'acte d'écrou, puisse n'être pas mentionné dans l'original, soit en termes

exprès, soit par équivalent. Le point de savoir si l'une des formalités prescrites par l'art. 789 a été rempli ne peut dépendre de la volonté du débiteur qui, en détruisant la copie qui lui est remise, serait maître d'en nier l'accomplissement. D'ailleurs, ce que la loi exige pour une copie, elle le suppose existant dans l'original. C'est aussi l'observation de M. DALLOZ, t. 3, p. 787.]]

[[**2691** bis. *La nullité résultant soit de ce que l'acte d'écrou n'a pas été rédigé au moment de l'incarcération, soit de ce que la remise de cet acte, ainsi que du procès-verbal d'emprisonnement au débiteur, n'a pas été faite ou constatée immédiatement, serait-elle couverte par l'exécution postérieure de ces diverses formalités?*

Les auteurs et la jurisprudence reconnaissent à peu près unanimement que nul acte postérieur ne couvre la nullité résultant de leur inobservation au moment où l'incarcération a eu lieu; la Cour de Bourges, 26 août 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 321; *J. P.*, 3e éd., t. 18, p. 146), a appliqué cette doctrine en ce qui concerne la rédaction de l'écrou, et quant au défaut de mention, dans cet acte, de sa remise au débiteur, point qui pourrait faire un peu plus de difficulté, de nombreux arrêts ont consacré la même décision; Riom, 28 avril 1808; Pau, 16 fév. 1813, et 29 juill. 1814 (*J. Av.*, t. 8, p. 530); Nîmes, 29 juill. 1829 (*J. P.*, 3e éd., t. 22, p. 1295), et Lyon, 10 mai 1832 (*J. Av.*, t. 34, p. 354). *V.* aussi MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 473, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 368. Elle est fondée sur les véritables principes en matière de nullité.

Un arrêt de Caen, rapporté *loco citato*, par M. Thomine Desmazures qui l'approuve, a admis comme valable la mention que copie *allait être laissée* au débiteur, il ne nous paraît pas que cette indication soit suffisante; elle laisse dans l'incertitude le fait de son accomplissement; elle impose d'ailleurs au débiteur une preuve négative impossible, celle que la copie ne lui a pas été remise. Il doit en être ici comme en matière de remise d'exploit, où une telle mention serait évidemment incompatible avec la volonté de la loi.]]

2692. *Si la copie de l'écrou donnée au débiteur présente une omission des formalités prescrites par l'art.* 789, *y aurait-il nullité, quoique l'écrou ne présentât pas cette omission?*

C'est, en d'autres termes, demander *si l'on doit appliquer ici le principe énoncé*, t. 1er, n° 327, *savoir que la copie tient lieu d'original à la partie à laquelle elle est notifiée.*

Nous ne pensons pas que ce principe puisse être invoqué dans cette circonstance, parce qu'on ne le trouve appliqué partout qu'aux exploits d'ajournement et autres actes judiciaires du ministère d'huissier, qui imposent quelque chose à faire à une partie; alors, l'original restant entre les mains du demandeur, qui n'est pas obligé de le remettre, il faut bien que la copie, qui est pour cette partie un acte principal, renferme tout ce que la loi prescrit.

Mais quand il s'agit d'une copie insérée sur un registre public et qui peut être vérifié, la chose est différente : il en est ici comme des autres copies d'actes dont il reste minute; la minute sert à vérifier la copie.

Au reste, si le procès-verbal d'emprisonnement ou la copie de l'écrou lui-même fournissent les moyens de connaître l'erreur, nous ne doutons pas que l'on n'appliquât la solution donnée sur la *Quest.* 284, et que, par suite, on ne prononçât la validité de cet acte.

[[L'opinion contraire à celle que soutient ici M. Carré a prévalu devant la Cour de Paris, le 9 germ. an XIII (*J. Av.*, t. 8, p. 487; *J. P.*, 3e édit., t. 4, p. 468), et nous paraît plus conforme aux principes; car, lorsque l'art. 789 exige une copie, ce ne peut être qu'une copie valable, et c'est là une condition dont l'inexécution doit d'autant moins demeurer impunie, qu'elle est éta-

blie dans l'intérêt et pour la défense du débiteur. A la vérité, on dit que l'écrou reste à la prison où il est toujours permis de le consulter; mais puisque la loi juge cette garantie insuffisante, qu'elle prescrit la remise, et la remise immédiate d'une copie de cet acte, et donne ainsi au prisonnier un moyen d'agir plus direct et plus prompt, comment admettre qu'une copie inexacte et qui va l'induire en erreur remplisse suffisamment le vœu de la loi ou du moins ne tombe pas sous le coup des pénalité particulières qu'elle prononce dans l'article 794? Le principe posé par M. Carré doit donc être repoussé en matière d'emprisonnement où les formes protectrices, mêmes les moins importantes, sont prescrites à peine de nullité.

M. Dalloz, t. 3, p. 806, est du même avis.]]

[[**2692** bis. *La copie du procès-verbal d'écrou peut-elle être signifiée par le même acte qui contient celle du procès-verbal d'emprisonnement?*

L'art. 789 semble, il est vrai, supposer la confection d'une double copie; mais il n'impose pas l'obligation de suivre cette marche; il a seulement voulu que le débiteur connût ce qu'il lui importait de connaître dans son intérêt et pour sa défense, et cette garantie ne souffre aucune altération de la réunion des deux actes en un seul, qui a l'avantage de présenter ensemble le commencement et la fin d'une même opération.

Il faut d'ailleurs remarquer que le procès-verbal d'emprisonnement devant être notifié au débiteur, le seul moyen d'opérer cette réunion, c'est d'y faire mention et de l'acte d'écrou, que rien n'oblige de signifier à part, quoique le contraire paraisse résulter d'un arrêt de Toulouse, 12 janv. 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 97), et de l'accomplissement de toutes les formalités prescrites par la loi: ainsi le vœu de l'art. 789 est suffisamment rempli. C'est ce qu'ont jugé les Cours de Riom, 25 nov. 1830; Paris, 30 janv. 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 601; *J. P.*, 3ᵉ édit., t. 23, p. 882, t. 25, p. 99), et Nancy, 21 août 1838 (*J. Av.*, t. 56, p. 61; Devill., 1833.2.179; 1834.2.22; 1838.2.381); M. Coin-Delisle, *Comm.*, p. 58, approuve leur décision.]]

[[**2692** ter. *Dans quelle forme le procès-verbal d'écrou doit-il être notifié au débiteur?*

Nous avons fait observer, sous la question précédente, qu'il pouvait être notifié par le même acte que le procès-verbal d'emprisonnement, et si cette marche était suivie, la difficulté que nous nous proposons ici n'existerait pas; mais dans le cas contraire, la Cour de Toulouse, 21 mai 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 338; *J. P.*, 3ᵉ éd., t. 18, p. 737), a jugé que la notification devait être d'un extrait enregistré comme le sont tous les actes signifiés par huissier. Nous ne saurions admettre cette opinion. L'écrou n'est pas, comme le procès-verbal d'emprisonnement, l'œuvre exclusive de l'huissier; nous avons dit, sous la *Quest.* 2686, que le geôlier responsable, désormais, de la garde du débiteur, pouvait lui-même rédiger cet acte, comme au surplus l'art. 790 lui en confère expressément le droit. La même Cour a reconnu, le 11 janv. 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 97), que la notification émanant du geôlier serait valable.

Enfin, l'original du procès-verbal d'écrou, se trouvant porté sur le registre du gardien, est dispensé de l'enregistrement, comment la copie serait-elle soumise à cette formalité?]]

2693. *Est-il nécessaire que l'écrou soit signé par le geôlier?*

Comme l'art. 789 ne parle que de la signature de l'huissier, on a pensé, et cela résulte aussi de l'arrêt de la Cour de Riom du 14 oct. 1808, rapporté *J. Av.*, t. 8, p. 547, que celle du geôlier n'était pas nécessaire. Il en est de

même, à plus forte raison, de celle des recors, ainsi que l'enseigne M. DELAPORTE, t. 2, p 362.

Nous croyons aussi qu'on ne prononcerait pas la nullité de l'écrou qui n'aurait pas été signé par le geôlier; néanmoins, nous croyons qu'il convient de le lui faire signer, pour constater qu'il a pris charge du débiteur.

[[La Cour de Toulouse, le 11 fév. 1808 (*J. Av.*, t. 8, p. 716), paraît s'être rangée à cette opinion, et nous la croyons exacte; les seules obligations que la loi impose au geôlier sont celle qui résultent de l'art. 790.]]

ART. 790. Le gardien ou geôlier transcrira sur son registre le jugement qui autorise l'arrestation (1): Faute par l'huissier de représenter ce jugement, le geôlier refusera de recevoir le débiteur et de l'écrouer.

Tarif, 56. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 276, n° 44.] — Loi du 22 frim. an VIII (Const. de l'an VIII), art. 77. — Cod. proc. civ., art. 780, 794. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Contrainte par corps*, n° 268. — Devilleneuve, v° *Emprisonnement*, n° 85. — Arm. Dalloz, v° *Contrainte par corps*, n° 605. — Locré, t. 22, p. 498, n° 114,

QUESTIONS TRAITÉES : Le geôlier est-il tenu de transcrire sur son registre le jugement dans son entier? *Q.* 2693 *bis.* — Le défaut de représentation du jugement est-il le seul cas qui autorise le geôlier à refuser de recevoir le débiteur ? *Q.* 2694.]

[[**2693** bis. *Le geôlier est-il tenu de transcrire sur son registre le jugement dans son entier ?*

Il est dans tout jugement deux parties bien distinctes : l'une comprend les formalités prescrites par l'art. 141, Cod. proc. civ., et c'est là, à proprement parler, le corps de la décision; l'autre se compose de la clause exécutoire, qui n'a d'autre objet, comme son nom l'indique, que d'imprimer la force et l'autorité dépendant du caractère du juge, aux expéditions auxquelles la loi exige qu'elle soit apposée. Evidemment, la transcription prescrite par l'art. 790 n'est pas de ce nombre, puisqu'elle n'a point pour but un acte d'exécution. Il est donc inutile que cette clause s'y trouve reproduite, et c'est ce qu'a jugé, avec raison, la Cour de Toulouse, 11 août 1828 (*J. Av.*, t. 38, p. 92).]]

2694. *Le défaut de représentation du jugement est-il le seul cas qui autorise le geôlier à refuser de recevoir le débiteur ?*

Oui, si ce n'est celui où, ayant demandé à agir en référé et l'huissier refusé de le conduire devant le président, le débiteur n'eût pu faire constater ce refus par un autre huissier, ainsi que nous l'avons dit sur la *Quest.* 2677.

Alors nous pensons, et c'est aussi l'avis de DEMIAU-CROUZILHAC, p. 482, que le débiteur pourrait réitérer sa demande en présence du geôlier, qui, à ce moyen, serait autorisé à refuser de le recevoir jusqu'à ce qu'il lui eût été justifié de la décision du président.

[[MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 474, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 367, ont émis la même opinion, et nous croyons avec eux qu'elle doit être adoptée.]]

ART. 791. Le créancier sera tenu de consigner les aliments d'avance. Les aliments ne pourront être retirés, lorsqu'il y aura recommandation, si ce n'est du consentement du recommandant.

Ordonn. de 1670, tit. 13, art. 33. — Déclarat. du 10 janv. 1680, art. 1er. — Loi du 15 germ. an VI, tit. 3, art. 14. — Cod. proc. civ., art. 789, 794, 800, 803 et suiv. — Décret du 14 mars 1808. — [Loi du 17 avril 1832, art. 29. — Notre Dict. gén. de proc., v° *Contrainte par corps*, n°s 328 à 339.

---

(1) [Il doit le signer et assumer toute la responsabilité sur sa tête. *Voy.* notre *Comm. du Tarif*, t. 2, p. 276, n° 44.]

— Devilleneuve, vº *Emprisonnement*, nºˢ 88 à 100. — Arm. Dalloz, vº *Contrainte par corps*, nºˢ 644 à 672.

QUESTIONS TRAITÉES : Quelle somme doit-on consigner pour aliments? *Q.* 2695. — A quel moment doit être effectuée la consignation, pour qu'elle soit réputée faite d'avance, aux termes de l'art. 791, Cod. proc., et de l'art. 28 de la loi du 17 avril 1832 ? *Q.* 2695 *bis*. — La consignation d'une somme pour aliments peut-elle être faite par tout autre que le créancier, ou son fondé de pouvoir spécial? *Q.* 2695 *ter*. — Le créancier doit il acquitter les frais de la maladie que son débiteur a essuyée dans la prison ? *Q.* 2696. — Comment s'entend la disposition de l'art. 791, d'après laquelle les aliments ne peuvent être retirés lorsqu'il y aura recommandation, si ce n'est du consentement du recommandant? *Quid* si des poursuites judiciaires sont dirigées contre le débiteur incarcéré à raison d'un crime ou d'un délit? *Q.* 2697 (1).]

2695. *Quelle somme doit-on consigner pour aliments ?*

D'après l'art. 789, le créancier n'est tenu de faire cette consignation que pour un mois; mais aucune disposition du Code ne fixe le montant de la somme. L'art. 23 du tit. 13 de l'ordonnance de 1670 portait qu'il serait réglé par le juge; mais l'art. 14 de la loi du 15 germinal l'avait fixé à 20 fr.

Nous estimons, comme les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 26, que, dans le silence du Code, on doit suivre cette fixation, et c'est aussi ce que M. Merlin nous semble admettre, puisqu'après avoir rapporté au *Nouveau Répertoire*, au mot *Aliments*, § 4, t. 1, p. 178, les anciens règlements et usages à ce sujet, il renvoie, p. 179, à cette loi du 15 germ. an VI.

[[L'art. 27 de la loi du 17 avril 1832 (*J. Av.*, t. 42, p. 213), fixe la quotité de la consignation. Il semble résulter d'un arrêt de la Cour de Montpellier du 23 fév. 1832 (*J. Av.*, t. 44, p. 200) que si le créancier avait consigné une somme plus considérable que celle déterminée par la loi, sans exprimer sa volonté qu'elle s'applique à deux périodes trigésimales, cette somme ne s'appliquerait qu'à une période, parce que la quotité légale n'est qu'un minimum. Cette solution est exacte.]]

[[**2695** bis. *A quel moment doit être effectuée la consignation, pour qu'elle soit réputée faite d'avance, aux termes de l'art.* 791 *du Code de procédure et de l'art.* 28 *de la loi du* 17 *avril* 1832?

La Cour de Rouen, le 10 vend. an XIV (*J. Av.*, t. 8, p. 494), a jugé que la consignation effectuée le jour même de l'emprisonnement, avant toute distribution aux prisonniers, satisfait aux prescriptions de la loi. Cette décision nous semble encore aujourd'hui bien fondée, en ce qui concerne la consignation correspondant à la première période trigésimale. L'obligation alimentaire du créancier ne commence qu'à partir de l'incarcération, et l'incarcération elle-même n'existe pas avant la confection de l'écrou; d'ailleurs la somme de 25 ou de 30 fr. doit être versée entre les mains du geôlier. Or, comment admettre que celui-ci en profite avant le moment où le débiteur est à sa charge, ce qui arrivera si l'on fait courir la consignation du moment de son arrestation, comme a semblé l'admettre la Cour de Bourges, le 26 août 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 321). Si l'on ne veut pas qu'il en profite, tout au moins la remise, à cette époque est-elle complétement inutile; c'est donc à la confection de l'écrou qu'elle doit être faite, conformément à la disposition de l'art. 789. Mais la doctrine de l'arrêt de Rouen précité cesserait d'être exacte si l'on voulait en induire, quant au renouvellement de la consignation, qu'il peut avoir lieu le lendemain seulement de l'expiration de la première période, pourvu que ce soit avant toute

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

On ne peut considérer comme des recommandants les créanciers qui ont fait arrêter le débiteur évadé par l'effet de circonstances extraordinaires, après avoir été incarcéré par d'autres créanciers; et leur consentement n'est pas nécessaire pour que ceux-ci puissent retirer les aliments qu'ils avaient primitivement consignés. Paris, 9 janv. 1832 (*J. Av.*, t. 44, p. 312, et *J. P.*, 3ᵉ éd., t. 24, p. 550).]

distribution aux prisonniers, car l'art. 28 de la loi de 1832 exige non-seulement que le débiteur n'ait jamais manqué d'aliments, mais encore que les périodes trigésimales se soient succédé sans interruption de la part du créancier. La réunion de ces deux conditions nous paraît d'ailleurs remplir le vœu de la loi. La Cour de Paris a donc, avec raison, selon nous, décidé le 8 oct. 1834 (*J. des Huiss.*, t. 16, p. 104), qu'il suffisait que la consignation fût effectuée le dernier jour de la période, avant l'heure correspondant à celle de l'incarcération. Néanmoins, la même Cour, les 25 mars et 6 déc. 1836 (DEVILL., 37.2.51), et celle de Toulouse, le 14 nov. 1839 (DALLOZ, 40.2.82), ont jugé qu'elle devait être renouvelée l'avant-dernier jour, c'est-à-dire à partir, non de l'heure de l'incarcération, mais de la première heure du jour où cette incarcération a eu lieu; et MM. GINOUVIER, p. 113 ; CADRÈS, *Code, man. de la cont.*, p. 129, et SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, v° *Emprisonnement*, 141ᵉ tabl., 5ᵉ col., n° 61, approuvent ces derniers arrêts. Nous ne saurions, quant à nous, en admettre la doctrine; la période trigisémale ne court que du moment de la première consignation, et celle-ci n'est exigible, comme nous l'avons dit plus haut, qu'à la confection de l'écrou. La fixation de tout autre point de départ est arbitraire.

Toutefois, en présence d'une jurisprudence aussi ombrageuse, on voit combien il est prudent de ne pas attendre au dernier jour, ainsi que le fait observer M. COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 109.]]

[[**2695** ter. *La consignation d'une somme pour aliments peut-elle être faite par tout autre que le créancier, ou son fondé de pouvoir spécial?*

La négative semble, jusqu'à un certain point, résulter des termes de l'article 791. On peut ajouter même que, la consignation engageant le créancier à une avance de fonds dont il n'est pas sûr d'être remboursé, il semble nécessaire, pour qu'elle l'engage, et conséquemment pour qu'il puisse s'en prévaloir, qu'elle provienne de lui ou de ses mandataires. Enfin l'art. 556, qui exige un pouvoir spécial en matière d'emprisonnement, paraît s'appliquer à celui qui, en consignant une somme alimentaire, empêche l'élargissement du débiteur. Nous ne croyons pas néanmoins que ces raisons soient péremptoires, à l'égard du tiers qui agit au nom et dans l'intérêt du créancier. L'obligation de celui-ci n'est pas en effet attachée exclusivement à sa personne. Il convient sans doute que celui qui se présente soit porteur d'un mandat en due forme, et en état de le représenter à la première sommation; mais faute par lui d'y satisfaire, nous ne voyons pas comment le débiteur serait autorisé par là à demander son élargissement, puisqu'il ne s'agit que d'un acte en quelque sorte conservatoire qu'un tiers fait valablement, en qualité de *negotiorum gestor*, sauf la ratification de celui dans l'intérêt duquel il a agi. C'est ce qu'ont jugé les Cours de Paris, 1ᵉʳ déc. 1834 (*J. Av.*, t. 48, p. 225), et de Limoges, 3 sept. 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 156), et c'est en ce sens que nous approuvons un arrêt de Bruxelles, 6 juin 1821 (*J. P.*, 3ᵉ édit., t. 16, p. 656), rejetant, en ce cas, la demande du débiteur; mais ce dernier arrêt ajoute qu'il n'est pas même nécessaire que le tiers agisse au nom du créancier, et c'est ici que commence notre dissentiment; le débiteur ne saurait être retenu en prison qu'à raison de la condamnation prononcée contre lui, et non pour toute autre dette qui peut ne pas entraîner l'exercice de la contrainte, dont l'existence même peut être contestée. C'est ce qui arriverait, en admettant qu'il fût permis à un tiers de consigner les aliments en son nom, et pour une créance personnelle; car évidemment il n'agit ainsi que pour empêcher l'élargissement du débiteur, ce qui suppose de sa part le droit de le retenir en prison; or, ce droit n'existe pas, tant que la recommandation n'a pas été faite. C'est aussi ce qu'ont

jugé la Cour de Paris, le 17 mars 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 60, et *J. P.*, 3e édit., t. 20, p. 299), et le tribunal de la Seine, le 28 janvier de la même année (*Gazette des tribunaux*, 3 février, n° 84).]]

2696. *Le créancier doit-il acquitter les frais de la maladie que son débiteur a essuyée dans la prison ?*

Il a été décidé, par arrêt de la Cour de cassation du 17 juill. 1810, qu'en consignant les aliments d'avance, le créancier satisfait à toutes ses obligations, et conséquemment la question que nous venons de poser a été résolue pour la négative. (*V.* S., 10.1.370, *J.Av.*, t. 8, p. 579, et *J.P.*, 3e édit., t. 8, p. 466.)

[[MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 476; BERRIAT SAINT-PRIX, p. 633, not. 25, n° 2; COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 59, et SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, 141e tabl., 5e col., n° 57, se sont aussi, avec raison, prononcés dans le même sens.]]

2697. *Comment s'entend la disposition de l'art.* 791, *d'après laquelle les aliments ne peuvent être retirés lorsqu'il y aura recommandation, si ce n'est du consentement du recommandant?* [[QUID *si des poursuites judiciaires sont dirigées contre le débiteur incarcéré à raison d'un crime ou d'un délit?...*]]

Cette disposition signifie que dès le moment où les aliments sont consignés, ils deviennent communs aux recommandants comme à celui qui a fait emprisonner, au moyen de ce que l'art. 793 lui donne le droit de les faire contribuer à ces aliments ; en sorte qu'il ne peut retirer sa consignation qu'autant que les recommandants y consentent. (*V.* PIGEAU, t. 2, p. 276.)

[[L'application de la disposition que le commentaire fort exact de M. Carré a pour objet d'éclaircir, ne souffre aucune difficulté dans les recommandations ordinaires ; *V.* Cass., 18 août 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 615). Il en sera peut-être autrement, si nous supposons qu'à raison d'un délit ou d'un crime, les tribunaux s'emparent du débiteur incarcéré, et le font transférer de la maison d'arrêt pour dettes, à la maison de détention correctionnelle, où les aliments sont fournis par l'Etat; ce qui permet de se demander si, dans ce cas, l'inutilité de la consignation effectuée par le créancier incarcérateur ne l'autorise pas à retirer la partie de la somme restant entre les mains du geôlier, ou bien si, au contraire, l'Etat est en droit de la saisir.

Cette question ne manque pas d'intérêt. M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 474, est, à notre connaissance, le seul auteur qui s'en soit occupé; mais ce savant professeur, résolvant la difficulté par les termes de l'art. 793, c'est-à-dire par la difficulté elle-même, enseigne que l'Etat, en ce cas, prenant la place du créancier, qui devient alors un recommandant ordinaire, peut, par conséquent, s'emparer des aliments consignés, et même, pour les périodes suivantes, obliger le créancier à contribuer pour sa part.

L'assimilation établie par M. Pigeau nous paraît mal fondée : le créancier qui arrête un débiteur et celui qui le recommande ont un intérêt commun : leur position est en quelque sorte identique, comme le but qu'ils poursuivent. La seule différence sur ce point, c'est l'avance prise par le premier ; c'est pour cela que les aliments consignés par lui deviennent communs à tous deux. D'où, comme une double conséquence, le devoir pour lui de laisser sa consignation intacte, et le droit, consacré par l'art. 793, de faire contribuer pour une portion égale à la sienne, le créancier recommandant. L'effet d'une poursuite judiciaire n'a rien de commmun avec cette position : elle ravit au créancier son gage, la personne du débiteur; elle acquiert sur lui, jusqu'au jugement correctionnel ou criminel, un pouvoir exclusif, indépendant du fait ou de la volonté de l'incarcérant. Ce

n'est qu'après ces poursuites que renaît le droit de ce dernier, et par conséquent son obligation, comme l'a décidé avec raison la Cour de cassation, 19 pluv. an XIII (*J. Av.*, t. 8, p. 484, et *J. P.*, 3e édit., t. 4, p. 393); jusque-là il ne peut rien : il ne doit donc rien. C'est à l'Etat, qui peut tout, qui n'est par conséquent ni incarcérant, ni recommandant, à entretenir son prisonnier avec les fonds spécialement affectés à cet objet. Le créancier, qui n'agit pas pour lui, n'a pas à y contribuer avec lui.]]

Art. 792. Le débiteur pourra être recommandé par ceux qui auraient le droit d'exercer contre lui la contrainte par corps. Celui qui est arrêté comme prévenu d'un délit peut aussi être recommandé; et il sera retenu par l'effet de la recommandation, encore que son élargissement ait été prononcé et qu'il ait été acquitté (1) du délit.

Tarif, 57.— [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 276 et suiv., nos 47 et 48.] — Loi du 15 germ. an VI, tit. 3, art. 11. — Cod. civ., art. 2059 et suiv — Cod. proc., art. 126, 552, 794, 796. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Contrainte par corps*, nos 319, 320, 324 et 325. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 623 à 634. — Locré, t. 22, p. 327, n° 20.

Questions traitées : Peut-on faire une recommandation en vertu d'un acte notarié emportant contrainte par corps? *Q.* 2698. —Un créancier peut-il faire recommander son débiteur emprisonné, sur sa dénonciation, à la requête du ministère public? *Q.* 2698 *bis*.—Un débiteur condamné pour fait de délit ou de crime peut-il être recommandé? *Q.* 2698 *ter*. — Le négociant failli peut-il être recommandé par ses créanciers, soit lorsqu'il se trouve sous le coup du dépôt prescrit par l'art. 455, Cod. comm., soit lorsqu'une condamnation, pour fait de banqueroute, est intervenue contre lui? *Q.* 2698 *quater*. — Les gardes du commerce ont-ils, à Paris, relativement aux recommandations, le droit exclusif qu'ils exercent relativement aux premières contraintes? *Q.* 2699 (1).]

2698. *Peut-on faire une recommandation en vertu d'un acte notarié emportant contrainte par corps?*

Non, car la recommandation, étant un acte par lequel un débiteur incarcéré est retenu en prison, ne présente autre chose que l'exercice d'une nouvelle contrainte, de la part d'un second créancier; et il suit de là que si ce créancier n'avait pas obtenu de condamnation par corps, la recommandation serait nulle, puisqu'il faut obtenir un jugement pour pouvoir exercer la contrainte. Ainsi ces termes de l'art. 792, *par ceux qui auraient droit d'exercer la contrainte*, ne s'entendent que de ceux qui ont obtenu jugement. (*V.* arrêt de la Cour d'Angers, du 12 août 1807, *Jurisp. sur la proc.*, t. 1, p. 168; et Demiau-Crouzilhac, p. 382.)

[[C'est en vertu de ce principe incontestable que nous avons décidé que la consignation ne pouvait être faite que par le créancier, ou en son nom. Voy. *Quest.* 2695 *ter*.]]

---

(1) Ou que la peine soit expirée.

(1) **Jurisprudence.**

[Nous pensons que :

Si la détention d'un débiteur peut être prolongée par la recommandation, encore bien qu'ayant été arrêté comme prévenu d'un délit, son élargissement soit prononcé, des créanciers qui auraient fait emprisonner ce débiteur ne seraient pas obligés de consentir à une mise en liberté provisoire, prononcée sous caution par ordonnance de la chambre du conseil, à raison d'un délit, conformément aux art. 114 et suivants, Cod d'inst. crim.; Paris, 1er juin 1810 (*J. Av.*, t. 8, p. 575; *J. P.*, 3e édit., t. 8, p. 348).

Cet arrêt est motivé sur ce que des créanciers ne sont obligés, dans aucun cas, à consentir à l'élargissement de leur débiteur sous caution, et que, s'ils y consentent, ils ont droit d'exiger que le cautionnement soit fourni suivant les règles ordinaires prescrites par les lois.]

[[**2698** bis. *Un créancier peut-il faire recommander son débiteur emprisonné, sur sa dénonciation, à la requête du ministère public ?*

La Cour de Toulouse, 16 avril 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 264), lui a reconnu ce droit, et avec raison, puisque l'art. 792 s'exprime dans les termes les plus généraux. Mais il en serait autrement, comme l'a décidé la même Cour, et avec elle, celles de Rouen, 2 mars 1818, et de Cassation, 15 juin 1819 (*J. Av.*, t. 8, p. 680 et 575, et *J. P.*, 3ᵉ édit., t. 14, p. 680, et t. 15, p. 328), si l'emprisonnement n'avait été pour le créancier qu'un moyen d'arriver à la voie plus facile et plus sûre de la recommandation, ce qui résulterait de ce que sa dénonciation a été jugée calomnieuse. Alors, effectivement, outre que sa conduite est entachée de dol et de fraude, cas toujours réservés, on peut dire qu'il a substitué sans motif à des formes lentes, multipliées, protectrices de la liberté individuelle, des formes que la loi n'autorise que dans un cas de nécessité absolue, qu'il ne dépend pas du créancier de créer, et dont l'effet est de faciliter son action, en face d'un prétendu débiteur entravé ou contraint par l'emprisonnement. Dès lors, ce n'est pas seulement une demande en dommages-intérêts qui appartient à ce dernier, mais encore une demande en nullité d'une incarcération si illégalement effectuée.

C'est l'avis de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 690.]]

[[**2698** ter. *Un débiteur condamné pour fait de délit ou de crime peut-il être recommandé ?*

En d'autres termes : *Le débiteur peut-il être recommandé ailleurs que dans la maison d'arrêt pour dettes?*

M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 373, prétend que la recommandation ne peut avoir lieu dans la maison où le condamné est détenu criminellement ou correctionnellement, et il cite, à l'appui de son opinion, un jugement du tribunal de Caen, du 17 mars 1824. Rien de plus juste sans doute, si la recommandation avait alors pour objet d'aggraver la position du débiteur et de prolonger le temps de sa peine, comme paraît le supposer cet auteur. Mais il n'en est certainement pas ainsi.

Le créancier recommandant demeure étranger aux effets de la vindicte publique sur la personne du condamné, et son droit reste indépendant de celui de l'Etat, aux termes de l'art. 37 de la loi du 17 avril 1832 (*J. Av.*, t. 42, p. 217); seulement, le temps de la détention fini, il aura acquis le pouvoir de le faire transférer à la prison civile, pour y subir une détention nouvelle et différente. Toute la difficulté se réduit donc à savoir si le fait de la recommandation peut être accompli dans une maison de détention criminelle ou correctionnelle; or, ce droit existant à l'égard du prévenu, en vertu de l'art. 792, à plus forte raison existe-t-il à l'égard du condamné, comme M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 477, en fait l'observation. (*V.* notre *Quest.* 2697.)]]

[[**2698** quater. *Le négociant failli peut-il être recommandé par ses créanciers, soit lorsqu'il se trouve sous le coup du dépôt prescrit par l'art.* 455, *Cod. comm., soit lorsqu'une condamnation, pour fait de banqueroute, est intervenue contre lui?*

La première branche de la question ne présente aucune difficulté : Le dépôt est l'acte qui met en quelque sorte le failli sous la main de ses créanciers. Nous avons vu, sous la *Quest.* 2655 *bis*, que ceux-ci étaient sans qualité et même sans intérêt pour réclamer personnellement son incarcération, puisque leurs

dettes se confondent dans la masse de la faillite, représentée par les syndics. Or, le débiteur ne peut être recommandé par ceux qui n'ont pas le droit d'exercer contre lui la contrainte par corps ; c'est ce qui résulte expressément des termes de l'art. 792, dont un arrêt de Riom, 25 mai 1829 (*J. P.*, 3e édit., t. 22, p. 1055), a fait une juste application.

Si maintenant nous supposons que le débiteur, poursuivi correctionnellement ou criminellement pour fait de banqueroute, ait été condamné en cette qualité et renfermé dans une maison de détention, il faut d'abord reconnaître qu'à sa sortie la masse des créanciers, représentée par les syndics, est en droit de se saisir de sa personne, tant que la liquidation de la faillite n'est pas terminée, et par conséquent tant que subsiste l'utilité du dépôt, sauf au débiteur à demander sa mise en liberté provisoire ou définitive, s'il se trouve dans les cas où la loi permet d'accorder l'une et l'autre. Il en est autrement, lorsque, à l'expiration de sa peine, les créanciers ont définitivement réglé leurs intérêts. Le dépôt, qui n'est qu'une mesure provisoire, cesse à partir de ce moment. Deux arrêts de Cassation, du 9 mai 1814 (*J. Av.*, t. 8, p. 627), et du 9 nov. 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 334, et *J. P.*, 3e édit., t. 12, p. 199, et t. 18, p. 1085), contradictoires en apparence, au fond ne disent pas autre chose.

Cette distinction éclaire le droit particulier des créanciers : Nous avons vu qu'il ne peut s'exercer concurremment avec le droit général de la masse; donc, tant que les intérêts de celle-ci demeurent en suspens, pas de recommandation individuelle possible, que le débiteur soit détenu par l'effet d'une condamnation, ou par l'effet du dépôt.

La question, par conséquent, ne se présente qu'après que cette dernière peine ne subsiste plus. Mais alors, les créanciers s'étant définitivement réglés, de quoi servirait à chacun d'eux l'usage de la contrainte ? Exercée à raison de l'une des dettes antérieures à la faillite, c'est une rigueur inutile, que la loi n'autorise pas plus dans ce cas que dans tous ceux que nous venons de parcourir.]]

2699. ***Les gardes du commerce ont-ils, à Paris, relativement aux recommandations, le droit exclusif qu'ils exercent relativement aux premières contraintes ?***

L'art. 19 du décret du 14 mars 1808 donne bien aux gardes du commerce le droit de faire les recommandations, mais il ne le leur donne pas exclusivement, ainsi que l'art. 7, relativement aux premières contraintes (V. *Quest.* 2624). Or, comme l'art. 793 porte que la recommandation doit être faite par un huissier, il suit de là, et du silence du décret du 14 mars 1808, comme le dit M. Pigeau, t. 2, p. 280, qu'à Paris, les huissiers peuvent dresser les actes de recommandation concurremment avec les gardes du commerce. (V. *Nouv. Répert.*, au mot *Recommandation*, t. 10. p. 636.)

[[Ce n'est pas à l'art. 19, disposition purement réglementaire, qu'il faut s'en rapporter, mais à l'art. 7, attributif de compétence et postérieur à l'art. 793 de notre Code, lequel charge exclusivement les gardes du commerce de l'exécution des contraintes, et ne permet *en aucun cas* aux huissiers de les remplacer. Tout consiste donc à savoir si la recommandation est une exécution : Or, l'affirmative résulte et de la nature même de cet acte, destiné à tenir lieu d'une incarcération matériellement impossible, et des termes même de l'art. 159, Cod. proc. civ. Nous croyons donc avec M. Coin-Delisle, *Comm.*, p. 46, que l'opinion de M. Carré, bien que conforme au sentiment de Merlin, *Répert.*, v° *Recommandat.*, n° 5, doit être rejetée.]]

Art. 793. Seront observées, pour les recommandations, les for-

malités ci-dessus prescrites pour l'emprisonnement. Néanmoins, l'huissier ne sera pas assisté de recors; et le recommandant sera dispensé de consigner les aliments, s'ils ont été consignés.

Le créancier qui a fait emprisonner pourra se pourvoir contre le recommandant devant le tribunal du lieu où le débiteur est détenu, à l'effet de le faire contribuer au paiement des aliments par portion égale.

Tarif, 57.— [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 278, nos 49 et 50.] —Décret du 14 mars 1808.— Loi du 15 germ. an VI, tit. 3, art. 11 et 15. — Ordonn. de 1670, tit. 13, art. 20. — Cod. proc., art. 730, 789, 791, 794, 796. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Contrainte par corps*, nos 306, 307, 322, 323 et 351. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 635 à 643.

Questions traitées : Le débiteur recommandé peut-il arrêter la recommandation, en déclarant agir en référé? *Q.* 2700. — L'huissier doit-il, pour la recommandation, être muni d'un pouvoir spécial? Doit-il être commis? *Q.* 2700 *bis*. — L'acte de recommandation et le procès-verbal d'écrou doivent-ils nécessairement être notifiés en parlant à la personne du débiteur? *Q.* 2701. — Les recommandants doivent-ils contribuer par portion égale au paiement des aliments, encore bien que les créances soient inégales? *Q.* 2702. — Peut-on demander permission d'assigner à bref délai, lorsque les recommandants se refusent à contribuer? *Q.* 2703. — Le créancier qui, le premier, a fait incarcérer le débiteur, et qui consent à l'élargissement de celui-ci, peut-il obtenir des recommandants remboursement des aliments qu'il aurait consignés pour le temps qui suivrait son consentement? *Q.* 2704.—Les recommandants auxquels le créancier qui a fait emprisonner forme une demande en contribution ou en remboursement d'aliments doivent-ils absolument être assignés à personne ou à domicile réel? *Q.* 2705 (1).]

DXIX. La recommandation est un véritable emprisonnement, et c'est pour cela que l'article ci-dessus veut qu'elle soit faite d'après les formes prescrites pour l'emprisonnement.

Ainsi un commandement préalable, avec signification du jugement qui prononce la contrainte par corps, doit la précéder d'un jour franc au moins; elle ne peut être faite que par un huissier commis; elle doit contenir élection de domicile dans le lieu où siége le tribunal qui a rendu le jugement, si le créancier n'y demeure pas. Il faut qu'il ne se soit passé ni moins d'un jour franc, ni plus d'un an depuis cette signification; enfin, on observe les mêmes formalités que pour le procès-verbal d'emprisonnement; mais l'huissier est dispensé de la nécessité de se faire accompagner de recors et de consigner des aliments, s'il y en a de consignés dans ce moment.

Le même article donne au créancier qui d'abord a fait emprisonner le débiteur, une action contre le recommandant en contribution d'aliments. C'est, dit M. Pardessus, qu'une fois que le débiteur est devenu le gage, si l'on peut s'exprimer ainsi, de plusieurs créanciers, il est juste que chacun d'eux contribue à sa nourriture.

2700. *Le débiteur recommandé peut-il arrêter la recommandation, en déclarant agir en référé?*

De ce que l'art. 793 porte que les formalités de la recommandation sont les mêmes que celles qui sont prescrites pour l'emprisonnement, on doit conclure

---

(1) Jurisprudence.

[Nous pensons que :

Lorsque le contraignant et le recommandant ont consigné chacun séparément les aliments du premier mois, et qu'ils se réunissent en consignant, par contribution, ceux des mois suivants, ces créanciers sont fondés, lors du règlement de compte du geôlier, à appliquer aux aliments de deux mois les consignations qui avaient été faites pour les aliments du même mois; Bruxelles, 28 juin 1821 (*J. P.*, 3e édit., t. 16, p. 710).]

que le débiteur à recommander doit jouir de tous les droits que la loi accorde au débiteur qu'il s'agit d'emprisonner, et qu'il peut conséquemment se pourvoir en référé, pour faire valoir ses moyens d'opposition contre la recommandation (1).

[[MM. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 374, et COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 60, adoptent l'opinion de M. Carré, mais le premier, avec la restriction dont parle M. Pigeau. La Cour de Paris, 17 sept. 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 180; *J. P.*, 3e éd., t. 22, p. 1453), allant encore plus loin, a décidé que le débiteur devait être, sur sa demande, conduit en personne devant le juge de référé, et que l'ordonnance rendue en son absence était nulle. Ce dernier avis nous paraît préférable à celui de MM. Pigeau et Thomine Desmazures. L'art. 793 assimile, en thèse générale, les formalités de la recommandation à celles de l'emprisonnement, et établit quelques exceptions qui sont essentiellement restrictives. Or, quand le débiteur a été incarcéré, l'huissier n'était-il pas tenu de le conduire en personne, et non par un fondé de pouvoir, devant le président du tribunal? Pourquoi en serait-il autrement lors de la recommandation? Des considérations d'une autre nature viennent encore à l'appui de la même doctrine. La demande en référé doit être immédiatement présentée, immédiatement jugée; le débiteur trouvera-t-il à l'instant un fondé de pouvoir? En supposant qu'il le rencontre, ce représentant le défendra-t-il avec le soin qu'il aurait apporté lui-même dans sa propre cause? S'il n'en rencontre pas, et c'est, il faut en convenir, ce qui arrivera presque toujours, la réclamation sera-t-elle jugée en son absence? On ne peut admettre de telles conséquences; nous pensons que le prisonnier devra être conduit, sous la responsabilité de l'huissier du recommandant, devant le juge de référé, qui statuera après avoir entendu ses moyens de défense; mais la nullité de l'ordonnance, résultant de l'inaccomplissement de cette forme, entraînera donc celle de la recommandation.]]

[[**2700** bis. *L'huissier doit-il, pour la recommandation, être muni d'un pouvoir spécial? Doit-il être commis?*

L'affirmative, sur le premier point, est encore une conséquence des termes de l'art. 793, comme le décident MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 478, et COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 59, et comme l'a jugé la Cour de Lyon, 4 déc. 1810 (*J. Av.*, t. 8, p. 519). Quant à l'existence d'une commission particulière, la nécessité pourrait en être contestée dans un cas où l'emprisonnement ne suit pas de près la signification confiée à l'huissier. Mais comme la recommandation produit un effet identique; que la libération de la première dette ou la nullité de la première incarcération ne l'empêchent pas de subsister avec toutes ses conséquences, et que d'ailleurs l'art. 793 ne distingue pas, nous pensons que l'affirmative doit être adoptée sur ce point comme sur l'autre.]]

2701. *L'acte de recommandation et le procès-verbal d'écrou doivent-ils nécessairement être notifiés en parlant à la personne du débiteur?*

Il y a beaucoup d'huissiers, dit M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 482, qui font ces significations en parlant à la personne du concierge, et mentionnant que le

(1) On sent, en effet, que le débiteur a intérêt à faire cette opposition, afin que rien ne l'empêche de jouir, à l'instant, de la liberté qu'il est sur le point d'obtenir. Tel est aussi l'avis de M. Pigeau, *ubi suprà;* mais il remarque qu'en ce cas le débiteur ne sera pas conduit devant le président; qu'il y sera *représenté*, c'est-à-dire qu'il chargera un avoué de faire valoir ses moyens devant ce magistrat. (*Voy.* nos questions sur l'art. 787.)

débiteur appelé n'a pas voulu venir. Il y a en cela, selon cet auteur, une nullité absolue, puisque l'art. 789 veut que, lors de l'emprisonnement, la signification de l'arrestation et de l'écrou soit faite au détenu en parlant à sa personne. Nous pensons aussi qu'il doit en être de même de la recommandation, puisque l'art. 793 exige les mêmes formalités que pour l'emprisonnement : l'huissier doit donc faire venir le débiteur entre les deux guichets (Voy. *Quest.* 358, t. 1, p. 414), et, en cas de refus de la part de celui-ci, il peut y être contraint, de même que celui qui ferait résistance lors de l'arrestation serait forcé d'obéir. (*Voy.* art. 785.)

[[Nous admettons avec M. Carré que la signification doit être faite au débiteur lui-même, et que le moyen le plus commode de remplir cette formalité consiste à faire venir ce dernier entre les deux guichets; c'est aussi en ce lieu, où il est présumé libre, qu'il signera les divers actes auxquels sa participation est indispensable. Mais nous sommes loin de croire que, dans le cas où le débiteur refuserait de s'y rendre, il fût permis de l'y conduire de force pour recevoir la signification à laquelle est tenu le créancier recommandant; rien ne justifie une telle doctrine, échappée par inadvertance, sans nul doute, au savant auteur des *Lois de la procédure,* qui d'ailleurs n'en avait pas parlé dans la *Quest.* 358. Un débiteur est tenu, il est vrai, lorsque toutes les formalités préliminaires prescrites par la loi ont été remplies à son égard, de suivre l'huissier qui procède à son arrestation : mais cela n'a rien de commun avec la signification d'un acte que personne n'est contraint de recevoir, et qu'il est certainement permis d'éviter, sauf les conséquences qui résulteront de ce refus. L'une de ces conséquences, dans le cas actuel, c'est que le prisonnier ne pourra demander la nullité de la procédure, sur le fondement que le procès-verbal de recommandation et d'écrou aurait été remis au gardien de la maison d'arrêt : c'est aussi l'observation de M. COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 60. Mais pour que les tribunaux valident une telle marche, qui déroge à la règle que nous avons posée sous la *Quest.* 358, il faut que l'impossibilité de notifier ces actes au débiteur lui-même ait été dûment constatée.]]

2702. *Les recommandants doivent-ils contribuer par portion égale au paiement des aliments, encore bien que les créances soient inégales?*

Oui, puisque la loi n'a point distingué ; et elle ne l'a pas fait, dit M. PIGEAU, t. 2, p. 281, afin d'éviter les embarras et les difficultés d'un calcul de contribution.

[[C'est aussi notre avis, confirmé par un arrêt de cassation du 18 août 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 615).]]

2703. *Peut-on demander permission d'assigner à bref délai, lorsque les recommandants se refusent à contribuer?*

Oui, dit encore M. Pigeau, *ubi suprà*, car le cas requiert célérité.

[[Cela nous paraît incontestable.]]

2704. *Le créancier qui, le premier, a fait incarcérer le débiteur, et qui consent à l'élargissement de celui-ci, peut-il obtenir des recommandants remboursement des aliments qu'il aurait consignés pour le temps qui suivrait son consentement?*

En cette circonstance, les frais d'aliments restant uniquement à la charge de ceux qui retiennent le débiteur en prison (Voy. *Prat.*, t. 5, p. 31), il nous

semble qu'on ne pourrait lui refuser action pour obtenir le remboursement dont il s'agit.

[[Ni, dans la même hypothèse, au créancier recommandant, pour retirer les aliments par lui consignés, à moins qu'il ne soit lié par une convention ou un jugement, comme l'a jugé avec raison la Cour de Colmar, 27 mars 1817 (*J. Av.* t. 8, p. 652; *J. P.*, 3e éd., t. 14, p. 159).]]

2705. *Les recommandants, auxquels le créancier qui a fait emprisonner forme une demande en contribution ou en remboursement d'aliments, doivent-ils absolument être assignés à personne ou à domicile réel?*

Nous pensons, avec M. DELAPORTE, t. 2, p. 365, que l'assignation peut leur être donnée au domicile élu par le procès-verbal de recommandation.

[[Nous partageons cette opinion de M. Carré, qui nous paraît contradictoire avec celle que nous avons combattue sous la *Quest.* 2634.]]

ART. 794. A défaut d'observation des formalités ci-dessus prescrites, le débiteur pourra demander la nullité de l'emprisonnement, et la demande sera portée au tribunal du lieu où il est détenu (1). Si la demande en nullité est fondée sur des moyens du fond, elle sera portée devant le tribunal de l'exécution du jugement.

Tarif, 805. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 279, n° 52.] — Loi du 15 germ. an X, art. 6 et 13. — Cod. proc. civ., art. 554, 780, 805. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Contrainte par corps*, nos 354 à 363, 383 à 393. — Devilleneuve, v° *Emprisonnement*, n° 2. — Arm. Dalloz, v° *Contrainte par corps*, nos 691 à 705.

QUESTIONS TRAITÉES : L'inobservation des formalités prescrites pour l'emprisonnement en entraîne-t-elle de plein droit la nullité? *Q.* 2705 *bis*. — Quand le débiteur est incarcéré, peut-il, en formant opposition ou en interjetant appel du jugement qui a prononcé la contrainte par corps, obtenir sa liberté jusqu'à ce qu'il ait été statué par le tribunal ou par la Cour? *Q.* 2706. — Lorsque le débiteur incarcéré demande son élargissement, pour avoir formé opposition ou interjeté appel du jugement qui le condamne, devant quel tribunal devra-t-il porter sa réclamation? *Q.* 2706 *bis*. — Devant quel tribunal doit être portée la demande en nullité relative au fond, si le jugement a été rendu par un tribunal de commerce? *Q.* 2707. — Est-ce devant le même tribunal que doit être portée la demande en nullité de l'incarcération, fondée sur ce que la contrainte par corps a été prononcée par le tribunal de commerce, hors des cas où elle est autorisée par la loi? *Q.* 2707 *bis*. — Mais si la contrainte par corps a été exercée en vertu d'un arrêt qui aurait infirmé un jugement qui ne l'avait pas prononcée, faudrait-il porter à la Cour la demande en nullité relative au fond? *Q.* 2708. — La requête civile et le pourvoi en cassation peuvent-ils autoriser une demande de mise en liberté provisoire? *Q.* 2709. — Quels sont, en général, les cas où le débiteur peut obtenir provisoirement sa mise en liberté, pour nullité établie sur des moyens du fond? *Q.* 2710. — Quelle voie le débiteur doit-il prendre pour obtenir la nullité de l'emprisonnement, à raison de moyens du fond? *Q.* 2710 *bis*. — Peut-on obtenir l'élargissement provisoire du tribunal du lieu de la détention, en attendant le jugement à rendre définitivement sur le fond par le tribunal d'exécution? *Q.* 2711. — Mais une demande en élargissement provisoire pourrait-elle être jugée en référé? *Q.* 2712. — La demande en nullité d'un emprisonnement peut-elle être repoussée par une fin de non-recevoir résultant de l'acquiescement du débiteur? *Quid* de la fin de non-recevoir résultant de la chose jugée? *Q.* 2713 (2).]

---

(1) [Elle ne pourra être renvoyée, pour cause de connexité, devant un autre tribunal. C'est ce que M. Carré enseigne sur la *Quest.* 730, conformément à l'avis de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 480, et FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 689. *Voy.* d'ailleurs la question précitée.]

(2) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

Les contraintes décernées par l'administration des contributions indirectes et fondées sur des actes irréguliers, doivent être annulées, à la différence de celles qui, contenant la demande d'une somme excessive, peuvent être maintenues jusqu'à concurrence de la somme due par le contribuable; Cassation, 26 mai 1830 (*J. P.*, 3e édit., t. 23, p. 503).]

DXX. Dans les cas prévus par cet article, et pour lesquels le législateur prononce la nullité de l'emprisonnement, ce qui s'entend également de la recommandation, le débiteur doit rester en arrestation jusqu'à ce qu'il ait fait prononcer cette nullité; le gardien n'a pas le droit de décider de pareilles questions; à son égard, il suffit que l'acte d'écrou soit régulier et le jugement transcrit sur son registre. C'est là une conséquence évidente de notre article, qui prescrit une demande judiciaire en élargissement.

[[**2705** bis. *L'inobservation des formalités prescrites pour l'emprisonnement en entraîne-t-elle de plein droit la nullité?*

Le doute vient de l'expression POURRA dont se sert l'art. 794, et d'où la Cour de Nîmes, 12 juillet 1826 (*J. Av.*, t. 33, p. 271), a conclu que le droit de prononcer la nullité était facultatif, et que la loi, par conséquent, imposait aux tribunaux le devoir d'apprécier les circonstances, et de juger d'après elles s'il fallait maintenir ou annuler l'emprisonnement. M. COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 62, soutient l'opinion contraire, admise par un arrêt de Lyon, 9 mai 1828 (*J. P.*, 3e édit., t. 21, p. 1 451), et nous la croyons mieux fondée. La faculté est laissée par l'art. 794, mais au débiteur seulement, de demander ou de ne pas demander la nullité de l'emprisonnement, pour défaut d'observation des formes prescrites. S'il la demande et prouve le fait d'où il l'induit, les tribunaux ne sont pas plus maîtres de la refuser qu'ils ne le sont de valider un exploit qui ne remplirait pas les conditions prescrites au titre des Ajournements. L'art. 794 est sur ce point en corrélation parfaite avec l'article 1029.]]

2706. *Quand le débiteur est incarcéré, peut-il, en* [[*formant opposition ou en*]] *interjetant appel du jugement qui a prononcé la contrainte par corps, obtenir sa liberté jusqu'à ce qu'il ait été statué par* [[*le tribunal ou par*]] *la Cour?*

M. LEPAGE, dans ses *Questions*, p. 530, maintient la négative.

Sa raison de décider est que l'appel n'a point d'effet rétroactif; qu'il n'est que suspensif; qu'il empêche de continuer les poursuites, mais qu'il ne détruit point celles qui ont été faites dans un temps où le jugement n'était pas encore attaqué, et où il avait toute force d'exécution. Quand, dit-il, le débiteur interjette appel après que ses meubles ont été mis sous la main de la justice par une saisie-exécution, on ne peut pas procéder à la vente tant que la Cour n'a pas prononcé; mais la saisie reste en état et n'est point levée. Il en est de même de la saisie de la personne; elle est valablement opérée avant l'appel; il faut donc que les choses restent dans le même état, jusqu'à ce qu'il ait été statué en dernier ressort; le débiteur doit se reprocher de ne s'être pas pourvu plus tôt contre le jugement qu'on a mis à exécution.

M. PIGEAU, t. 2, p. 281, pense au contraire que le débiteur peut, en interjetant appel, demander et obtenir sa liberté provisoire dans tous les cas où il eût pu, en représentant un acte d'appel signifié, empêcher son emprisonnement, ainsi que nous l'avons dit sur la *Quest.* 2676. Nous pensons que c'est cette opinion qu'on doit suivre; car si le débiteur a pu être valablement arrêté faute d'avoir justifié d'un appel, il n'en est pas moins vrai qu'à partir du moment où il l'a signifié au créancier, cette signification suspend l'exécution pour l'avenir; et comme la continuation de l'emprisonnement, après l'appel, est chaque jour, ainsi que le fait observer M. Pigeau, une exécution du jugement, laquelle ne peut se continuer après l'appel, le débiteur peut sans

contredit, lorsque le jugement n'est pas exécutoire par provision, demander à la Cour d'appel son élargissement provisoire en la forme qu'on prend pour obtenir les défenses. (*Voy.* nos questions sur l'art. 459.) (1)

On sentira sans doute combien l'argument *à pari,* que M. Lepage croit pouvoir tirer pour l'opinion contraire du cas d'une saisie-exécution, est peu solide. En effet, il convient que l'appel suspend les actes de la saisie; or, s'il empêche de continuer l'exécution sur les meubles, à plus forte raison opère-t-il cet effet relativement à la personne.

A la vérité, le contraire eût été décidé sous l'empire de l'ordonnance, d'après l'art. 12 du titre 34. Mais il faut remarquer que les contraintes ne pouvaient être exercées alors qu'après un délai qui courait à partir de la signification du jugement; ce qui n'a pas lieu aujourd'hui, et ce qui, par conséquent, tend à justifier de plus en plus la solution qui vient d'être donnée.

[[C'est aussi l'opinion de M. COIN-DELISLE, *Comm.,* p. 44, et nous la croyons bien fondée. Cependant un doute peut s'élever dans le cas prévu par l'art. 20 de la loi du 17 avril 1832, c'est-à-dire lorsque le jugement de condamnation étant en dernier ressort, l'appel n'est recevable que du chef de la contrainte; mais cette disposition, créée dans l'intérêt de la liberté individuelle, a pour effet de donner, en ce qui concerne ce droit, les mêmes prérogatives au débiteur que s'il s'agissait d'un jugement susceptible de recours en toutes ses parties. La question en effet est de savoir, non si la condamnation est bien ou mal fondée, mais si l'emprisonnement a pu être effectué; c'est ce que conteste le débiteur, et ce qui remet en suspens l'appel interjeté. Le prisonnier doit donc, en ce cas comme dans l'autre, obtenir son élargissement.

Ce que nous avons dit de l'appel s'applique à plus forte raison à l'opposition, qui, comme nous l'avons fait remarquer plus haut, *Quest.* 2680, met à néant le jugement contre lequel elle est formée.

En ce qui concerne cette dernière voie de recours, on se demandera peut-être si, lorsque le débiteur est en prison, la question est susceptible de se présenter, puisque c'est seulement jusqu'à l'exécution, en vertu de l'art. 158, que l'opposition est recevable; mais il faut dire que cette disposition ne s'applique qu'aux parties qui n'ont pas constitué d'avoué : pour celles qui ont avoué en cause, l'art. 157 fixe un délai qui peut n'être pas accompli, lorsque l'emprisonnement a eu lieu. Remarquons, à ce sujet, qu'il ne suffit pas, pour obtenir sa mise en liberté, que le débiteur présente aux juges un acte d'opposition ou d'appel. Il doit, de plus, prouver qu'il a usé, dans les délais légaux, de l'une ou de l'autre de ces voies. Nous avons bien reconnu, sous la *Quest.* 2680, que l'opposition, même rejetée pour vices de formes, était un moyen de nullité contre l'incarcération effectuée nonobstant son effet suspensif; mais cela n'est vrai que tout autant qu'elle a été formée dans le délai prescrit par la loi. Autrement le débiteur aurait toujours en main le moyen de sortir de prison.]]

[[**2706** bis. *Lorsque le débiteur incarcéré demande son élargissement, pour avoir formé opposition ou interjeté appel du jugement qui le condamne, devant quel tribunal devra-t-il porter sa réclamation?*

La Cour de Nancy, 7 juillet 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 512), sur les conclusions conformes de M. Troplong, alors avocat général, a jugé que c'est devant le tribunal du lieu de la détention, puisqu'il ne s'agit pas ici d'une instance en

---

(1) *Voy.* notre *Traité des lois d'organisation et de compétence,* t. 1er, p. 29, à la note.

nullité, soit pour vices de formes, soit par des moyens du fond, cas prévus par l'art. 794, mais d'une demande en élargissement, pour le jugement de laquelle l'art. 805 attribue compétence à ce tribunal. Cette décision ne nous paraît pas parfaitement exacte ; l'art. 805 se réfère aux causes d'élargissement énumérées par l'art. 800, et entre lesquelles ne se trouve pas le fait d'avoir formé opposition ou interjeté appel. On répond bien qu'il ne se rapporte pas à l'art. 800 d'une manière restrictive; mais le motif qui a dicté cette disposition éclaircit bientôt la difficulté : dans tous les cas de l'art. 800, l'incarcération était valable et, comme le dit cet article lui-même, *légale;* seulement un fait postérieur est venu en détruire la cause; dès lors, pas d'inconvénient à ce que la demande en élargissement soit portée devant le tribunal du lieu de la détention, et c'est ce que prescrit l'art. 805. Evidemment nous ne sommes point ici dans cette hypothèse; nous ne sommes pas non plus dans celle d'un emprisonnement attaqué pour vice de forme, autre cas où le tribunal du lieu de la détention est compétent pour connaître de la demande ; c'est donc à celui qui a rendu le jugement qu'il faut s'adresser, faute de quoi l'on s'expose à des embarras, à des contradictions même qu'on doit toujours éviter; d'ailleurs la loi est formelle : c'est ce tribunal qu'elle investit de la connaissance des difficultés soulevées par l'exécution de sa décision : or ici, évidemment, il s'agit d'une arrestation illégale pour tout autre motif que l'inaccomplissement des formes prescrites par les art. 780 et suiv. ; illégale, non pas sans doute par des moyens du fond proprement dits, mais par la violation du principe, fondamental en procédure, que l'appel est suspensif. C'est véritablement une contestation sur l'exécution du jugement, et le tribunal qui l'a rendu doit par conséquent en connaître.

Il est vrai que l'art. 554, dans le cas où les difficultés de cette nature requièrent célérité, autorise le tribunal du lieu où elles sont soulevées à statuer provisoirement, en renvoyant pour la connaissance du fond aux juges de l'exécution. Les demandes en élargissement étant toujours réputées urgentes, c'est ici le cas d'appliquer cet article.

Le tribunal du lieu de la détention aura donc compétence, mais seulement pour connaître de la demande en liberté provisoire.

Toutefois, comme l'a jugé un arrêt de la même Cour de Nancy, 21 nov. 1831 (*J. Av.*, t. 44, p. 47), et en vertu des principes particuliers exposés sous la *Quest.* 2707, c'est devant lui que devra être portée la demande en élargissement, lorsque le jugement de contrainte aura été rendu par un tribunal de commerce.]]

2707. *Devant quel tribunal doit être portée la demande en nullité relative au fond, si le jugement a été rendu par un tribunal de commerce?*

Devant le juge du lieu où le débiteur est détenu. C'est ce qui résulte des explications données sur la *Quest.* 2633, *in fine.*

[[La solution de M. Carré est exacte, mais ce n'est pas à raison de principes dont nous avons, au même endroit, contesté l'exactitude, c'est en vertu de l'art. 553 qui attribue compétence, pour connaître des difficultés nées sur l'exécution d'une sentence consulaire, au tribunal de première instance du lieu où cette exécution est poursuivie, c'est-à-dire en matière d'emprisonnement au tribunal du lieu où le débiteur a été incarcéré ; c'est donc là le tribunal de l'exécution, auquel l'art. 794 renvoie pour connaître de la demande en nullité fondée sur des moyens du fond.]]

[[2707 bis. *Est-ce devant le même tribunal que doit être portée la demande en nullité de l'incarcération, fondée sur ce que la contrainte par corps a été prononcée par le tribunal de commerce, hors des cas où elle est autorisée par la loi?*

Le principe posé dans l'art. 794 n'a entendu déroger en aucune manière à celui des deux degrés de juridiction : lors donc que la loi dit que la demande en nullité, basée sur un moyen du fond, sera portée devant le tribunal de l'exécution du jugement, elle suppose évidemment une difficulté d'exécution, et non un débat de nature à être déféré en appel ou en cassation. M. Carré en donne des exemples sous la *Quest.* 2710, à laquelle il suffit de renvoyer. Cette distinction résout toutes les difficultés que présente le point de savoir dans quels cas l'affaire doit demeurer devant les juges de première instance, dans quels cas il faut la porter en appel : or, quand une partie soutient que la contrainte par corps a été prononcée contre elle en dehors des prescriptions de la loi, ce n'est plus là un débat sur l'exécution, mais sur le jugement même dont on conteste l'élément le plus essentiel, la légalité; ce n'est donc pas devant le tribunal qui l'a rendu, ou, s'il s'agit d'une sentence consulaire, devant celui du lieu de la détention; c'est devant la Cour royale, par voie d'appel, que la contestation devra être portée. La Cour de cassation, 9 novembre 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 334; *J. P.*, 3e éd., t. 8, p. 1085), a consacré ces principes, que la Cour de Rouen, 15 avril 1825 (*J. P.*, 3e édit., t. 19, p. 947), semble avoir voulu contester. Le doute naît de ce que la contrainte, ordonnée hors des cas où elle est, soit obligatoire, soit facultative, paraît contrevenir directement à la loi, et notamment au texte formel de l'art. 2062, Cod. civ., ce qui se rattache, comme on voit, à la question de savoir si un tel jugement est essentiellement nul. Mais quelque opinion que l'on embrasse à cet égard, il nous est impossible d'admettre qu'une décision judiciaire, revêtue des solennités ordinaires, protégée par la clause exécutoire, exécutée même par le fait de l'incarcération du débiteur, doive être néanmoins tenue pour si peu que le premier degré de juridiction ne paraisse pas épuisé. N'est-il pas d'ailleurs contradictoire et illégal de l'attaquer devant les juges qui l'ont rendue? Il est vrai que, dans l'espèce décidée par la Cour de Rouen, il s'agissait d'une sentence consulaire annulée par le tribunal de première instance; mais cette marche n'était pas moins vicieuse, puisqu'elle portait successivement le débat devant trois juridictions différentes. C'est donc à la Cour royale, dans tous les cas, que la décision devrait être déférée, qu'elle émanât des juges civils ou de commerce. *Voy.* d'ailleurs notre *Quest.* 2713, *in fine.*]]

2708. *Mais si la contrainte par corps a été exercée en vertu d'un arrêt qui aurait infirmé un jugement qui ne l'avait pas prononcée, faudrait-il porter à la Cour la demande en nullité relative au fond?*

L'affirmative semble résulter, dit M. DELAPORTE, t. 2, p. 366, de la disposition du Code qui attribue à la Cour l'exécution de son arrêt. Cependant, ajoute-t-il, il n'y aura plus les deux degrés de juridiction sur la demande en nullité.

Nous remarquerons, sur cette question, que l'art. 472, Cod. proc. civ., est celui qui confère à la Cour le droit de se réserver l'exécution de son arrêt, dans le cas où elle infirme un jugement; mais que ce même article fait à ce sujet une exception formelle, relativement aux demandes en nullité d'emprisonnement, en expropriation forcée, et autres dans lesquelles la loi attribue juridiction. Or, M. Delaporte paraît avoir ainsi raisonné, d'après cette disposition : « La Cour d'appel devient juge de l'exécution de son arrêt rendu après infir-

mation d'un jugement ; c'est au tribunal qui doit connaître de l'exécution que l'on doit porter les demandes en nullité d'emprisonnement, lorsque cette nullité est relative au fond : donc, dans le cas proposé, c'est la Cour d'appel qui doit statuer sur une semblable demande, malgré l'exception prononcée par la même disposition; exception qui ne s'applique alors qu'aux nullités pour omission et vices de forme, suivant les distinctions établies par l'art. 794. »

Nous répondons que cette explication, qui tend à écarter l'application du principe général des deux degrés de juridiction, ainsi que M. Delaporte le fait observer lui-même, ne peut être admise, pour peu qu'il soit douteux que l'intention du législateur ait été d'établir cette exception à un principe qu'il paraît surtout indispensable de ne pas enfreindre, relativement à une demande aussi favorable que celle où il s'agit de la liberté d'un citoyen.

Or, il nous semble que le législateur, attribuant juridiction au tribunal de l'exécution, pour le cas où il s'agit d'une demande en nullité d'emprisonnement fondée sur des moyens du fond, n'a eu en vue que le tribunal auquel appartient, dans les cas les plus ordinaires, l'exécution du jugement, et non pas la Cour d'appel, qui n'en connaît que dans un cas particulier, et que conséquemment l'exception portée dans l'art. 472, relativement aux demandes en nullité d'emprisonnement, s'applique à la question ci-dessus posée. (*Voy.* au surplus, l'observation qui termine la solution donnée sur la *Quest.* 1700, t. 4, p. 234, à la note.)

[[Toutes les objections de M. Carré contre l'opinion de M. Delaporte se réduisent, comme on le voit, à invoquer le principe des deux degrés de juridiction; nous pensons, quant à nous, que ce n'est pas ici le lieu de l'appliquer. La loi en effet entend, par *moyens du fond,* non des contestations qui portent atteinte au jugement, mais des difficultés d'exécution, ainsi que nous l'avons dit ailleurs, et que M. Carré l'enseigne lui-même sous la *Quest.* 2710. Or, sur ce point, qui consiste presque toujours en un éclaircissement, il n'est question, dans la loi, de première instance ni d'appel. Elle renvoie devant ce tribunal, s'il s'agit d'un jugement; devant la Cour, s'il s'agit d'un arrêt: L'art. 472 le déclare en termes exprès. Si donc, quant aux demandes en nullité d'incarcération, il défend par exception aux Cours royales d'en connaître de prime abord, ce n'est pas certainement par respect pour un principe étranger à la matière, c'est parce qu'alors, comme l'explique le même article, la loi attribue juridiction. Il faut donc se reporter aux art. 794 et 800, qui la déterminent dans tous les cas: Demande en élargissement, demande en nullité pour vices de forme, en nullité pour des moyens du fond. Dans les deux premiers, le tribunal investi de la compétence est celui du lieu de la détention. Dans le troisième, celui de l'exécution du jugement, c'est-à-dire le tribunal ou la Cour qui l'a rendu, comme M. Delaporte le fait observer avec raison. Si l'art. 794 se sert du terme de tribunal, c'est en prévision du cas le plus ordinaire; mais il est évident qu'il n'a pas entendu déroger à la règle que l'art. 472 avait pour but d'établir.]]

2769. *La requête civile et le pourvoi en cassation peuvent-ils autoriser une demande de mise en liberté provisoire?*

La requête civile ne peut autoriser une semblable demande, puisque l'article 497 prohibe, en ce cas, les défenses contre l'exécution du jugement attaqué, et tout ce qui pourrait l'entraver. Ce n'est donc qu'autant qu'il est rétracté, et jamais auparavant, ni par provision, que le débiteur peut obtenir son élargissement.

Quant au pourvoi en cassation, il n'autorise pas non plus la demande en élargissement provisoire, car il ne peut arrêter l'exécution. (Loi du 1er décembre 1790, art. 16.) Mais si le jugement attaqué est cassé, les parties étant remises

au même état qu'auparavant, l'élargissement est ordonné par la Cour de cassation. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 282.)

[[Nous approuvons dans son entier la doctrine de M. Carré, quoique la Cour de cassation semble avoir jugé le contraire, en ce qui concerne sa compétence, le 15 avril 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 206, et *J. P.*, 3e éd., t. 22, p. 924). Lorsque cette Cour prononce une cassation, elle déclare que les parties sont remises au même état qu'avant la décision annulée, d'où la conséquence nécessaire que celui qui a été emprisonné doit être élargi sur le vu de l'expédition de l'arrêt de cassation, de même que toutes sommes payées en vertu d'un arrêt cassé sont immédiatement restituées.]]

2710. *Quels sont, en général, les cas où le débiteur peut obtenir provisoirement sa mise en liberté, pour nullité établie sur des moyens du fond?*

Nous posons cette question, parce qu'il pourrait sembler difficile, au premier aspect, de concevoir qu'un emprisonnement pût être attaqué pour nullité fondée sur *des moyens du fond*, si l'on n'attaquait pas le jugement en vertu duquel la contrainte a été exercée. M. PIGEAU, t. 2, p. 283, lève cette difficulté, en remarquant que cela peut arriver, lorsque la créance est éteinte avant l'emprisonnement par le paiement, la novation, la prescription ou autres causes, ou lorsque, la créance subsistant, la contrainte par corps était éteinte au moment où elle a été exercée; comme: si le créancier en avait fait la remise; si la remise en avait été faite par un concordat homologué avant l'emprisonnement et consenti par les créanciers, conformément à l'art. 519 [[507]], Cod. comm.; si le débiteur avait été admis au bénéfice de cession; s'il était septuagénaire; si la créance était tombée entre les mains du conjoint ou d'un descendant du débiteur.

Si encore, comme le dit M. PARDESSUS, t. 5, p. 289, le débiteur ayant employé une des voies ordinaires ou extraordinaires pour faire réformer le jugement qui le condamne, maintient avoir réussi dans ce pourvoi.

C'est dans ces circonstances que le tribunal auquel appartient l'exécution du jugement connaît de la demande en élargissement; par exemple, si le débiteur avait été incarcéré en vertu d'un jugement du tribunal de commerce, cette demande serait portée devant le tribunal civil de l'arrondissement dans lequel siégerait le tribunal de commerce (1).

Si, au contraire, la demande est fondée sur des vices dans l'exécution, par exemple, parce que l'emprisonnement eût été fait dans un temps ou dans un lieu prohibé, ou pour inobservation de toute autre formalité, le jugement appartient au tribunal civil du lieu où le débiteur est détenu.

[[Ces diverses précisions indiquent assez clairement dans quels cas et comment s'appliquent les règles tracées par l'art. 794, pour que nous n'ayons pas à y revenir. Nous ferons seulement remarquer qu'il ne faut pas confondre la nullité fondée sur ce que le débiteur prétend avoir été admis au bénéfice de cession de biens, lors de l'exercice de la contrainte, avec celle qui résulterait de la cession accordée depuis l'emprisonnement. La première constitue un moyen du fond, comme l'enseigne M. Carré après M. Pigeau. La seconde donne seulement lieu à une demande en élargissement, aux termes de l'art. 800, et attribue par conséquent compétence au tribunal du lieu de la détention.

Il est inutile d'ajouter que c'est au tribunal de l'exécution que doit être portée la réclamation du débiteur qui soutient que le jugement en vertu duquel il

---

(1) [Ou, pour parler plus exactement: dans lequel l'exécution en est poursuivie (art. 553).]

a été incarcéré ne prononçait pas la contrainte. La Cour de Bruxelles en le décidant ainsi, 23 nov. 1826 (*Journ.* de cette Cour 1827, t. 1, p. 60), s'est conformée aux règles ci-dessus exposées.]]

[[**2710** bis. *Quelle voie le débiteur doit-il prendre pour obtenir la nullité de l'emprisonnement, à raison de moyens du fond?*

Rappelons et résumons ici, en quelques mots, divers principes exposés dans les questions précédentes.

La demande en nullité par des moyens du fond n'a pas pour objet d'obtenir la réformation du jugement. Ce n'est donc pas par voie d'appel de ce jugement qu'elle doit être intentée; de plus, s'il avait été interjeté appel de la décision rendue en premier ressort, cette nullité ne devrait pas être présentée au nombre des moyens de réformation, comme l'a jugé la Cour de Paris, 6 juill. 1826 (*J. Av.*, t. 33, p. 285).

Le même arrêt décide que la demande, en ce cas, est soumise aux deux degrés de juridiction. Ce principe, vrai en règle générale, c'est-à-dire lorsque les juges de première instance sont le tribunal de l'exécution, souffre une modification, dans le cas où l'exécution est réservée à la Cour royale, ainsi que nous l'avons remarqué sous la *Quest.* 2708; c'est d'ailleurs ce qu'a reconnu la même Cour, le 14 janv. 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 292, et *J. P.*, 3e éd., t. 25, p. 41.)]]

2711. *Peut-on obtenir l'élargissement provisoire, du tribunal du lieu de la détention, en attendant le jugement à rendre définitivement sur le fond par le tribunal d'exécution?*

L'affirmative nous paraît résulter de la disposition générale de l'art. 554, qui porte que si les difficultés élevées sur l'exécution des jugements ou actes requièrent célérité, le tribunal du lieu y statuera provisoirement et renverra la connaissance du fond au tribunal d'exécution.

On pourrait opposer que cet article, en parlant des difficultés élevées sur l'exécution, ne peut avoir en vue l'élargissement, parce que le jugement est exécuté dès lors que le débiteur est emprisonné.

Nous répondons qu'ainsi que nous l'avons dit sur la *Quest.* 2706, l'emprisonnement est chaque jour une exécution du jugement, et que conséquemment l'art. 554 est applicable. C'est aussi l'opinion de M. Pigeau, t. 2, p. 283, et d'ailleurs, en matière de contrainte, on doit s'attacher à interpréter favorablement, dès qu'il existe le moindre doute raisonnable sur l'application d'une disposition de la loi.

[[Nous avons déjà, sous la *Quest.* 2706 *bis*, admis les principes soutenus ici par M. Carré, et nous ne les croyons pas susceptibles d'une controverse sérieuse.]]

2712. *Mais une demande en élargissement provisoire pourrait-elle être jugée en référé?*

Nous pensons qu'elle doit être portée et jugée à l'audience, et jamais en référé, puisqu'à la différence de la loi de germinal, cette voie n'est autorisée par les art. 786 et 787, que dans le cas de réclamation faite avant l'emprisonnement. (*V.* aussi l'article suivant.)

C'est aussi ce qui a été jugé par un arrêt de la Cour de Bruxelles du 27 juin 1807, rapporté au *Journal des Avoués*, t. 6, p. 662, sur une demande formée, depuis la publication du Code, en nullité d'un emprisonnement antérieur. La Cour, en déclarant que cette demande était soumise aux dispositions de ce Code,

a décidé que, d'après l'art. 794, elle devait être portée au tribunal, et que le président avait incompétemment et nullement jugé en matière de référé. (Voy. *J. P.*, 3e éd., t. 6, p. 177, et *J. C. S.*, t. 3, p. 48.)

[[C'est aussi notre opinion et celle de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 689, et DALLOZ, t. 3, p. 775, not. 1.]]

2713. *La demande en nullité d'un emprisonnement peut-elle être repoussée par une fin de non-recevoir résultant de l'acquiescement du débiteur?* [[Quid *de la fin de non-recevoir résultant de la chose jugée?*]]

La négative de la première question doit être adoptée, car il ne peut y avoir de contrat ou d'acquiescement irrévocable, lorsqu'il s'agit de la liberté. Montpellier, 19 juin 1807 (S. 15.2.42, et *J. Av.*, t. 8, p. 502).

C'est aussi ce qui a été jugé par arrêt de la Cour de Rennes du 28 déc. 1814, 1re chambre, et ce qui résulte, d'ailleurs, du rapprochement des art. 795, 1003 et 1004, Cod. proc. civ.

Il s'ensuit que si, par exemple, le débiteur fondait sa demande en élargissement sur des moyens de nullité de la nature de ceux qu'il eût été autorisé à employer pour requérir l'huissier de le conduire en référé devant le juge, conformément à l'art. 786, il ne résulterait d'un défaut de réquisition aucune fin de non-recevoir, même à l'égard de l'action accessoire en dommages-intérêts. (PARDESSUS, t. 5, p. 290.)

[[D'autres conséquences non moins exactes résultent encore de ce principe également admis par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 479 ; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 689; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 375, et par la Cour de Pau, le 10 fév. 1836 (*J. Av.*, t. 50, p. 297).

Ainsi, une fin de non-recevoir serait vainément prise, contre la demande en nullité, de ce que le débiteur, conduit en référé chez le président du tribunal, n'aurait pas produit devant lui les moyens sur lesquels il la fonde. Car y eût-il par cela seul renonciation à opposer les nullités d'exploit et de procédure qui doivent, aux termes de l'art. 173, être proposées avant toute défense, cette renonciation (et nous pensons d'ailleurs avec la Cour de Metz, 30 déc. 1817 *J. Av.*, t. 8, p. 635, qu'elle ne résulte pas d'un tel fait), ne saurait être opposée comme un acquiescement indirect, en matière de contrainte, où un acquiescement formel ne servirait de rien.

Par la même raison, en supposant un fait d'où résultât incontestablement la renonciation, aux termes de l'art. 173, il faudrait encore adopter une décision semblable. Si donc le débiteur avait de prime abord demandé son élargissement par des moyens du fond, ses prétentions rejetées sur ce point, il n'en serait pas moins admis à se prévaloir des nullités de forme, comme l'ont décidé les Cours de Montpellier, arrêt précité, et de Bourges, 30 nov. 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 364, et *J. P.*, 3e éd., t. 16, p. 985). Dans l'espèce de ce dernier arrêt, il est vrai, les causes de nullité se trouvaient mentionnées dans les conclusions primitives du détenu; mais cette précision nous paraît sans importance; n'existât-elle point, les règles de solution resteraient les mêmes.

Enfin M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 479, fait observer avec raison qu'il doit être permis au débiteur de proposer pour la première fois en appel les moyens qui l'affranchissent de la contrainte, et cette conséquence a été sanctionnée par des arrêts cités sur diverses questions de ce titre. *Voy.* notamment celui d'Aix, 23 août 1826 (*J. P.*, 3e éd., t. 20, p. 838).

Nous n'avons jusqu'ici considéré l'acquiescement que par rapport à l'inobservation des formes prescrites par les art. 780 et suiv. La décision ne change point lorsqu'il est donné à l'exercice même de la contrainte, dans les cas où elle n'est pas autorisée par la loi. C'est d'ailleurs la disposition formelle de l'art. 2063,

Cod. civ.; si donc une partie non commerçante avait été condamnée par corps, par un tribunal de commerce, au paiement d'une dette, l'acquiescement de sa part, exprès ou tacite, ne serait présumé accordé qu'à l'objet de la condamnation, et non aux moyens de coercition propres à la juridiction dont elle émane, et ne l'empêcherait pas, sur ce dernier point, d'interjeter appel (1). C'est ce qu'ont reconnu les Cours de Florence, 9 janv. 1810 (*J. Av.*, t. 8, p. 571); Bordeaux, 24 janv. 1826 (*J. Av.*, t. 30, p. 287); Paris, 12 juill. 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 79), et Rouen, 5 nov. 1827 (*J. Av.*, t. 35, p. 164). A la vérité, un arrêt de Paris, du 2 juin 1827 (*J.P.*, 3e éd., t. 21, p. 498), admet qu'une partie, par cela qu'elle a acquiescé à la sentence consulaire qui la condamne, reconnaît sa qualité de négociant, et se rend contraignable par corps : mais cette décision isolée ne se soutient pas, en présence des considérations d'ordre public qui repoussent un acquiescement formel à l'exercice illégal de la contrainte; à plus forte raison l'acquiescement qui ne résulte que de faits équivoques, et contestés par la partie à laquelle on l'attribue.

Mais lorsque le jugement portant contrainte, dans un cas où la loi ne l'autorisait pas, est passé en force de chose jugée sans réclamation de la part du débiteur, quelque énergique que paraisse la prohibition de l'art. 2063, nous ne pensons pas qu'elle suffise pour autoriser le détenu à demander la nullité de l'emprisonnement; pour que cela fût possible, il faudrait que la décision judiciaire fût essentiellement nulle et incapable de produire aucun effet, de consacrer aucun droit. Les Cours de Paris, 29 pluv. an X (*J. Av.*, t. 8, p. 455, et *J. P.*, 3e éd., t. 2, p. 465), et de Rouen, 15 avril 1825 (*J. P.*, 3e éd., t. 19, p. 947), n'ont point reculé devant cette conséquence, que, pour nous, nous ne saurions admettre. Si le jugement est passé en force de chose jugée, qui en prononcera la nullité? Il est de règle, et ce principe est aussi d'ordre public, qu'une décision judiciaire doit être exécutée, tant qu'une autorité compétente ne l'a pas anéantie. Un tribunal n'a aucun pouvoir sur le jugement émané d'un tribunal de même degré. Les Cours d'appel et la Cour de cassation n'en ont pas davantage, hors des cas où la loi leur en attribue. Il résulte sans doute des art. 2063, Cod. civ. et 503, Cod. proc. civ., que les juges peuvent être pris à partie : mais cette voie, quoique rangée parmi *les voies extraordinaires pour attaquer les jugements*, laisse réellement le jugement intact, et ne conduit qu'à des dommages-intérêts, ainsi que nous l'avons démontré t. 4, p. 414, *Quest.* 1823 *quater*. La décision qui prononce illégalement la contrainte devra donc, malgré l'art. 2063 et la peine de nullité qui résulte de cet article, recevoir son exécution, si les voies ordinaires sont fermées. (*Voy.* notre *Quest.* 2707 *bis.*)]]

ART. 795. Dans tous les cas, la demande pourra être formée à bref délai, en vertu de permission du juge, et l'assignation donnée par huissier commis au domicile élu par l'écrou : la cause sera jugée sommairement, sur les conclusions du ministère public.

Tarif, 77. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 279, nos 53 à 55.] — Loi du 15 germ. an VI, tit. 3, art. 13, 2e disp. — Cod. proc. civ., art. 83, 404, 789, 802, 805. — Règl. du 30 mars 1808, art. 51, 66. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Contrainte par corps*, nos 333 *bis*, 358, 359 et 369. — Arm. Dalloz, v° *Contrainte par corps*, nos 706 à 709.

QUESTIONS TRAITÉES : La demande en nullité peut-elle être formée aux délais ordinaires, sans permission du juge, et l'assignation être donnée par un huissier du choix du demandeur et au domicile

---

(1) [Nous approuvons, moyennant cette distinction, un arrêt de Caen, 30 août 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 593), qui valide l'acquiescement à un jugement par défaut périmé faute d'exécution, lequel prononce la contrainte par corps.]

réel? *Q.* 2714. — L'assignation peut-elle être donnée au domicile élu et à bref délai, sans tenir compte de la distance du domicile réel? *Q.* 2715. — A qui l'assignation sera-t-elle donnée, si le créancier n'a pas élu domicile au lieu de l'incarcération? *Q.* 2715 *bis.* — Si le ministère public n'avait pas été entendu, ainsi que le prescrit l'art. 795, faudrait-il se pourvoir en cassation pour faire annuler l'arrêt? *Q.* 2716. —A quelles personnes le jugement qui prononce la nullité de l'incarcération devra-t-il être signifié? *Q.* 2716 *bis.*]

DXXI. Par ces mots, *dans tous les cas*, le législateur annonce suffisamment que la disposition de l'article doit être observée, quel que soit, d'après les distinctions faites en l'article précédent, le tribunal qu'il faille saisir de la demande en nullité.

2714. *La demande en nullité peut-elle être formée aux délais ordinaires, sans permission du juge, et l'assignation être donnée par un huissier du choix du demandeur et au domicile réel?*

L'affirmative ne nous paraît pas douteuse, parce que la première disposition de l'art. 795 est conçue en termes qui expriment qu'elle est facultative; d'où les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 33, et M. Lepage, dans ses *Questions*, p. 531, concluent aussi, 1° que si l'on ne voulait pas assigner à bref délai, il n'y aurait besoin ni d'obtenir la permission du juge, ni de faire commettre un huissier; 2° que si le débiteur ne voulait pas assigner au domicile élu par l'écrou, son assignation donnée à domicile réel serait valable. (*V.* aussi Pigeau, t. 2, p. 283.)

[[Ce dernier auteur, dans son *Commentaire*, t. 2, p. 481, et M. Coin-Delisle, *Comm.*, p. 62, ont soutenu la même opinion, qui nous paraît incontestable.]]

2715. *L'assignation peut-elle être donnée au domicile élu et à bref délai, sans tenir compte de la distance du domicile réel?*

Par arrêt du 20 mars 1810 (*Voy.* Sirey, t. 10, p. 191; *J. P.*, 3e édit., t. 8, p. 186), la Cour de cassation a décidé, dans une espèce où il s'agissait d'un emprisonnement fait sous l'empire de la loi du 15 germ. an VI, que, lorsque (par exception au principe général établi en matière d'ajournement dans l'ordonnance de 1667), l'art. 10 du titre 3 de la loi du 15 germ. an VI a exigé du créancier qui poursuit l'arrestation de son débiteur l'élection d'un domicile dans le lieu où l'arrestation doit s'effectuer, cette disposition a eu évidemment pour objet de mettre le débiteur à portée de faire statuer, incontinent et sans délai, contradictoirement avec son créancier, sur les réclamations relatives à la régularité et à l'irrégularité de l'arrestation; mais que cette disposition deviendrait illusoire, si le débiteur ne pouvait pas citer ce créancier à ce même domicile élu, et s'il était tenu d'observer d'autres délais que ceux que comporte ce domicile.

On voit que cet arrêt décide que l'assignation donnée au domicile élu n'emporte pas l'augmentation des délais à raison des distances du domicile réel; décision qui n'est d'aucune utilité, lorsqu'il s'agit d'une demande en nullité fondée sur défaut d'observation de formes, puisqu'elle se porte devant le tribunal du domicile d'élection, et que ce domicile doit être élu dans la commune où l'emprisonnement a lieu. (Art. 794 et 795.) En ce cas, en effet, il n'y a aucune augmentation de délai à donner à raison des distances.

Mais lorsqu'il s'agit d'une demande en nullité qui repose sur des moyens du fond, comme il peut arriver souvent que le tribunal de l'exécution auquel elle doit être portée soit éloigné du lieu où est située la maison d'arrêt, nous avons à examiner si l'arrêt de la Cour de cassation, qui a été rendu dans une espèce

où la demande en nullité était fondée sur le défaut des formes, peut être appliqué à la demande formée sur des moyens du fond.

C'est notre opinion, attendu que les raisons de décider sont les mêmes, et que, d'ailleurs, la loi du 15 germ. an VI ne faisait aucune distinction entre la demande en nullité fondée sur des moyens de forme, et la même demande fondée sur des moyens du fond : d'où il suit que l'on ne peut argumenter contre l'application de l'arrêt dont il s'agit à cette seconde demande, de ce qu'il a été rendu à l'occasion de nullités dans la forme.

Nous concluons donc qu'il ne faut accorder l'augmentation à raison des distances qu'à partir du domicile élu, et non du domicile réel. Cette solution doit être étendue même au cas où l'assignation est donnée à bref délai, conformément à ce que nous avons dit sur la *Quest.* 1494, t. 3, p. 509, et suivant les distinctions que nous avons établies alors; mais si, au lieu de donner l'assignation à domicile élu et à bref délai, le débiteur préférait la donner à domicile réel et aux délais ordinaires, ainsi que nous l'avons dit sur la *Quest.* 2714, il est évident qu'il faudrait alors augmenter le délai à raison de la distance de ce domicile. (Voy. *Questions de Lepage*, p. 532 et 533.)

[[Ces diverses solutions, conformes à l'esprit de la loi, ont été adoptées par MM. PARDESSUS, n° 1522; FAVARD DE LANGLADE, t. 1er, p. 690; DALLOZ, t. 3, p. 808, à la note, et COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 62, ainsi que par les Cours de Paris, 28 fév. 1807 (*J. Av.*, t. 13, p. 87; *J. P.*, 3e édit., t. 5, p. 711), et de Bordeaux, 1er déc. 1831 (*J. P.*, 3e édit., t. 24, p. 387; DEVILL., 1832.2.350.)]]

[[**2715** bis. *A qui l'assignation sera-t-elle donnée si le créancier n'a pas élu domicile au lieu de l'incarcération?*

A son mandataire ou fondé de pouvoir, comme l'a décidé la Cour de Bordeaux, 1er déc. 1831 (*J. P.*, 3e édit., t. 24, p. 387).]]

2716. *Si le ministère public n'avait pas été entendu, ainsi que le prescrit l'art.* 795, *faudrait-il se pourvoir en cassation pour faire annuler l'arrêt?*

Non : il y aurait lieu à le faire rétracter par voie de requête civile. (*Voy.* art. 480, n° 8, et la *Quest.* 1758.)

[[*Voy.* nos observations sur cette question.]]

[[**2716** bis. *A quelles personnes le jugement qui prononce la nullité de l'incarcération devrait-il être signifié?*

L'art. 58 du Tarif accorde un droit pour la signification du jugement au geôlier ou gardien; il n'est pas douteux non plus qu'elle ne doive être faite au créancier. C'est ce qui résulte de la généralité des termes de l'art. 147, Cod. proc. civ.]]

ART. 796. La nullité de l'emprisonnement, pour quelque cause qu'elle soit prononcée, n'emporte point la nullité des recommandations.

Tarif, 58. — Loi du 15 germ. an VI, art. 12. — Cod. proc. civ., art. 792. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Contrainte par corps*, nos 309 à 314. — Arm. Dalloz, *cod. verb.*, nos 718 à 725.

QUESTIONS TRAITÉES : L'art. 796 a-t-il abrogé, en matière commerciale, l'art. 12, tit. 3 de la loi de germinal an VI, en vertu duquel la nullité de l'emprisonnement entraîne celle des recommandations qui l'ont suivi? *Q.* 2716 *ter*. — La nullité de l'emprisonnement entraîne-t-elle la nullité des recommandations faites à la requête du même créancier en vertu de nouveaux jugements? *Q.* 2717. —

Les recommandations faites dans l'intervalle de la demande en nullité du jugement qui annulle l'emprisonnement, seraient-elles maintenues? *Q.* 2718.]

[[**2716** ter. *L'art.* 796 *a-t-il abrogé, en matière commerciale, l'art.* 12, *tit.* 3, *de la loi de germinal an VI, en vertu duquel la nullité de l'emprisonnement entraîne celle des recommandations qui l'ont suivi?*

La combinaison de certaines dispositions contradictoires de la loi de l'an VI, avec celles du Code de procédure, relatives à l'emprisonnement, donnait lieu, avant la promulgation de la loi du 17 avril 1832, à des difficultés au nombre desquelles il faut compter celle qui fait l'objet de la présente question. Le tribunal de la Seine, 26 nov. 1825 (*J. Av.*, t. 31, p. 166), se fondant sur ce qu'il s'agissait là d'une question de forme, sur laquelle le Code avait dérogé à la législation antérieure, en avait induit l'abrogation quant à ce. La Cour de Paris, 13 fév. 1826 (*eod. loc.*, et *J. P.*, 3e édit., t. 20, p. 160), investie par l'appel de la connaissance de ce jugement, n'eut pas à s'expliquer sur la difficulté; mais, le 22 mars 1827 (*J. P.*, 3e éd., t. 21, p. 284), appelée à se prononcer, elle la résolut dans le même sens, et l'abrogation définitive de la loi de l'an VI, sur ce point, n'est plus aujourd'hui mise en doute.]]

2717. *La nullité de l'emprisonnement entraîne-t-elle la nullité des recommandations faites à la requête du même créancier, en vertu de nouveaux jugements?*

Il a été prononcé affirmativement, par un arrêt du 31 août 1810 (SIREY, t. 11, p. 78, et *J. Av.*, t. 8, p. 479), déjà cité sur la *Quest.* 2636. M. Coffinières, dans son *Journal des Avoués*, t. 2, p. 360 et 361, et M. Sirey, dans son *Recueil de* 1811, attribuent cette arrêt à la Cour de Colmar, et M. Denevers à celle de Bruxelles.

On pourrait opposer contre cette décision, dit M. Coffinières, que l'art. 796 n'admet aucune distinction. Néanmoins, les motifs de l'arrêt lui paraissent assez puissants pour fixer les opinions en faveur de la solution qu'il a donnée.

La Cour a considéré que le législateur n'a eu en vue, par la disposition de l'art. 796, que les recommandations faites par un créancier autre que celui qui a fait faire l'emprisonnement, parce qu'il n'a pas voulu rendre, en ce cas, le recommandant victime de la nullité d'un emprisonnement qui n'était pas son ouvrage; au lieu que, dans l'espèce, les recommandations, aussi bien que l'emprisonnement, avaient été faites à la requête du même individu: or, il impliquerait alors que, l'emprisonnement étant nul, les recommandations puissent être valables, puisque par là le créancier profiterait de sa propre faute. S'il en était autrement, ajoute-t-on, un créancier pourrait donc impunément faire procéder à la capture de son débiteur de la manière la plus vexatoire, au mépris des formalités prescrites, sauf à faire ensuite une recommandation régulière, ce qui ne saurait être toléré sous aucun rapport.

Nous croyons que, d'après ces motifs, on doit résoudre affirmativement la question que nous avons posée; car, en effet, il n'y aurait aucune raison pour maintenir la recommandation faite par le même créancier, à requête duquel l'emprisonnement aurait eu lieu; tandis qu'à l'égard de tous autres, il y aurait violation du principe, qu'une nullité ne doit être opposée qu'à celui qui l'a commise, à moins que des tiers n'aient avec lui des intérêts communs et indivisibles. Or, les intérêts d'un tiers recommandant sont, comme le remarquent les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 54, absolument distincts de ceux du premier

créancier, et par conséquent les erreurs de celui-ci ne doivent point préjudicier à celui-là (1).

[[Ces motifs sont assez puissants pour faire admettre l'opinion de M. Carré, adoptée d'ailleurs par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 481; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 690; DALLOZ, t. 3, p. 810, note, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 374, et sanctionnée par un arrêt de Limoges du 26 mai 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 178; *J. P.*, 3e éd., t. 17, p. 1129); cependant M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 785, note 52, émet un avis contraire, plus conforme, il faut l'avouer, au texte rigoureux de l'article.]]

2718. *Les recommandations faites dans l'intervalle de la demande en nullité au jugement qui annulle l'emprisonnement, seraient-elles maintenues?*

On argumentera, dit M. DELAPORTE, t. 2, p. 367, de la généralité des termes de l'art. 796. Mais il répond qu'on peut opposer que la demande étant fondée, celui qui a fait incarcérer aurait dû y acquiescer au moment même où elle a été formée; en sorte que les recommandants n'ont véritablement trouvé personne à retenir en prison.

Les termes de l'article nous semblent résister à cette interprétation. Il est ainsi conçu : « La nullité de l'emprisonnement, pour quelque cause qu'elle soit *prononcée*, n'emporte point la nullité des recommandations faites avant que cette *prononciation* ait eu lieu, sans distinction du temps où elles auraient été faites. »

C'est à tort, du moins à notre avis, que M. Delaporte conclut de ce que le premier créancier aurait dû acquiescer à la demande en nullité de l'emprisonnement, que cette nullité, étant prononcée, a un effet rétroactif, par rapport à la recommandation faite postérieurement à la demande. Non-seulement, comme nous venons de le dire, il supplée, au moyen de cette conséquence, une exception à la disposition générale de l'art. 796, mais il se trouve encore en opposition avec le principe rappelé sur la précédente question, que les jugements n'ont d'effet qu'à l'égard des parties entre lesquelles ils interviennent. C'est pourquoi M. PIGEAU, t. 2, p. 282, dit que le jour, qu'à l'instant même de l'élargissement, le débiteur peut être *recommandé* par un autre créancier que celui qui l'a fait emprisonner. (*V.* la question suivante.)

Au reste, nous tenons d'autant plus à cette opinion que le législateur, par la disposition générale de l'art. 796, a eu l'intention de faire cesser tous les doutes qui existaient sous l'ancienne jurisprudence, relativement à la validité ou invalidité des recommandations, lorsque l'emprisonnement était annulé, soit dans la forme, soit au fond. (*Voy.* Durousseaud de Lacombe, au mot *Recommandation,* et DUPARC-POULLAIN, t. 10, p. 572, no 38.)

[[Nous partageons cet avis avec M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 481, et DALLOZ, t. 3, p. 810, note 3; les Cours de Bruxelles, 11 mars 1824 (*Journ.* de cette Cour, 1824, t. 2, p. 4), et de Caen, 16 juillet 1827 (*J. P.*, 3e éd., t. 21, p. 623), l'ont sanctionné par leurs arrêts. Nous ferons toutefois observer que l'art. 796 ne parle pas *des recommandations faites avant que la nullité de l'emprisonnement soit prononcée*, comme le dit M. Carré, mais qu'il s'exprime en termes généraux, qui supposent, il est vrai, et justifient cette décision; nous n'aurions pas même fait une telle remarque, si la manière dont s'exprime

---

(1) L'art. 1351, Cod. civ., vient encore à l'appui de cette opinion, que M. PIGEAU, t. 2, p. 282, semble admettre, en présentant la disposition de l'art. 796 comme une conséquence du principe posé en cet article, que les jugements n'ont d'effet que contre celui avec lequel ils ont été rendus.

M. Carré n'était de nature à induire en erreur, sinon sur le sens, au moins sur le texte toujours inviolable de la loi.]]

Art. 797. Le débiteur dont l'emprisonnement est déclaré nul ne peut être arrêté pour la même dette qu'un jour au moins après sa sortie (1).

Cod. proc. civ., art. 798, 804. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Contrainte par corps*, n°s 315 à 317, et 390. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n°s 714 à 717.

Questions traitées : Si, malgré le jugement qui annulle l'emprisonnement, le débiteur n'était pas sorti de prison, parce qu'il y serait retenu comme prévenu de délit ou par suite de recommandations, pourrait-il, à requête du créancier auteur de son emprisonnement, être recommandé avant l'expiration du délai fixé par l'art. 797? *Q.* 2719. — Si le débiteur était hors du lieu de son domicile, faudrait-il ajouter au délai d'un jour franc celui d'un jour par trois myriamètres entre le lieu de la détention et celui de son domicile? *Q.* 2720. — L'observation du délai d'un jour entre la sortie et la réincarcération est-elle uniquement prescrite au créancier contre lequel a été prononcée la nullité du jugement? *Q.* 2720 *bis.*]

2719. *Si, malgré le jugement qui annulle l'emprisonnement, le débiteur n'était pas sorti de prison, parce qu'il y serait retenu comme prévenu de délit ou par suite de recommandations, pourrait-il, à requête du créancier auteur de son emprisonnement, être recommandé avant l'expiration du délai fixé par l'art.* 797?

La disposition de l'art. 797 est conçue en termes tellement positifs qu'il est évident que cette question doit être décidée pour l'affirmative. Elle porte que le débiteur dont l'emprisonnement est déclaré nul ne peut être arrêté pour la même dette qu'un jour au moins *après sa sortie*, d'où il suit que si le débiteur n'est pas *sorti*, il n'y a pas lieu à observer le délai fixé par la loi, dont la disposition ne suppose, d'ailleurs, qu'une arrestation à faire, et garde le silence sur la recommandation. (*Voy.* Demiau-Crouzilhac, p. 484.)

[[Cette décision est, comme on le voit, la conséquence de cette idée qu'il est permis au créancier, après l'annulation de l'emprisonnement effectué d'après son ordre, de recommander le débiteur retenu pour d'autres causes à la maison d'arrêt. M. Coin-Delisle, *Comm.*, p. 64, conteste cette opinion et par conséquent, la conclusion que M. Carré en tire, relativement à l'intervalle pendant lequel l'arrestation ne peut être renouvelée. Suivant cet auteur, le créancier n'est plus en droit, tant que dure la détention de son débiteur, de le recommander pour la même dette; il doit attendre sa sortie, afin de le poursuivre de nouveau, et dès lors, se conformer à la règle tracée par l'art. 797.

Sans aller aussi loin, M. Thomine Desmazures, t. 2, p. 377, se fondant sur ce que, dans les vingt-quatre heures dont parle cet article, le débiteur détenu pour d'autres causes, pourrait obtenir sa liberté, pense, contrairement à l'opinion de M. Carré, qu'il n'est pas permis à l'incarcérant de le recommander avant l'expiration de ce terme.

L'une et l'autre de ces décisions nous paraissent également mal fondées; la première tend à créer une prohibition qu'il n'était pas dans la volonté de la loi d'établir. Nous avons reconnu, sous la *Quest.* 2717, que le créancier incarcérant ne pouvait pas, pour réparer une nullité dont il prévoyait d'avance les effets,

(1) [M. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 482, fait observer avec raison qu'il ne peut s'agir que de nullité pour violation de forme, puisque la nullité fondée sur des moyens du fond ne permet plus d'exercer la contrainte. Le jour dont parle l'art. 797 s'entend d'un jour franc. C'est aussi l'opinion de M. Souquet, *Dict. des temps légaux*, 140e tabl., 2e et 3e col. *Voy.* notre *Quest.* 2720.]

conserver par une recommandation concomitante, ses droits sur la personne du débiteur. Mais si l'obstacle à la sortie de celui-ci n'est point de son fait, si elle provient de recommandations effectuées par des tiers, nous ne voyons pas pourquoi l'un des créanciers, soit en vertu du même jugement, soit à raison d'autres titres, ne pourrait profiter d'un droit accordé à tous. Qui l'obligera donc à attendre l'époque, peut-être fort éloignée, où son débiteur sortira de prison? D'où résulte ce terme indéfini qu'on voudrait lui imposer? Si, d'ailleurs, le prisonnier était rendu à la liberté, il ne serait tenu d'attendre qu'un jour; de ce que sa détention se prolonge pour d'autres causes, doit-il en souffrir? S'il est en faute, l'obligation de payer des dommages-intérêts ne lui est-elle pas imposée? N'est-elle pas la vraie, la seule pénalité possible? A ces questions, nous ne concevons pas de réponse satisfaisante, dans l'opinion de M. Coin-Delisle, repoussée d'ailleurs par les Cours de Toulouse, le 11 janv. 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 97; *J. P.*, 3e éd., t. 19, 39), et de Colmar, 25 juin 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 275).

Celle de M. Thomine ne nous paraît pas plus exacte; d'abord, il est bien difficile, en l'adoptant, de trouver le point de départ du délai accordé au débiteur. L'art. 797 qui prévoit uniquement le cas de sortie, le fixe à ce moment; mais s'il reste en prison, à quel fait, à quel événement le rattacher? Sera-ce au jugement d'annulation, comme paraît l'avoir admis l'arrêt de Toulouse précité? Mais si ce jugement émane d'un tribunal éloigné, et il peut se faire que les juges qui statuent sur les nullités du fond, se trouvent à une grande distance du lieu où le débiteur est détenu, l'intervalle, jusqu'au moment où la recommandation est possible, sera trop long ou bien illusoire, selon le point de vue auquel on se place. Ce serait plutôt au moment où l'annulation est connue du débiteur; mais encore, que lui importera ce délai, sauf dans l'hypothèse assez improbable, prévue par M. Thomine Desmazures? Evidemment, l'art. 797 ne prévoit pas le cas qui nous occupe, et par conséquent, ne saurait le régir; le droit du créancier dont les poursuites ont été frappées de nullité, est le même que celui d'un créancier ordinaire qui peut, comme nous l'avons reconnu sous la *Quest.* 2718, recommander le débiteur, jusqu'à sa mise en liberté : la seule pénalité qui doive être prononcée contre lui, c'est la condamnation, s'il y a lieu, à des dommages-intérêts. L'inobservation des formes prescrites par le Code de procédure ne vicie ni le jugement de condamnation, ni les droits qui en résultent. Nous croyons donc avec M. DALLOZ, t. 3, p. 810, not. 2, que nul délai n'est prescrit, lorsqu'il s'agit, non d'une arrestation, mais d'une recommandation.]]

2720. *Se le débiteur était emprisonné hors du lieu de son domicile, faudrait-il ajouter au délai d'un jour franc celui d'un jour par trois myriamètres entre le lieu de la détention et celui de son domicile?*

Oui; car autrement le délai que la loi lui donne deviendrait inutile, et il serait traité plus rigoureusement que celui qui a été emprisonné dans le lieu de son domicile. Cette opinion serait d'ailleurs fondée, par analogie, sur l'art. 782, qui accorde au débiteur porteur d'un sauf-conduit le temps nécessaire pour retourner à son domicile. (*V.* PIGEAU, t. 2, p. 284.)

[[MM. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 377, et SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, 149e tabl., 5e col., n° 18, partagent cet avis; mais ne pourrait-on pas répondre que si le créancier ne connaît pas le domicile de son débiteur, il se trouvera placé dans l'alternative de le laisser évader, ou de procéder à un emprisonnement entaché de nullité? D'ailleurs il peut se faire que ce débiteur n'ait pas même de domicile; nous ne croyons pas que l'art. 797 ait eu en vue des considérations de ce genre, lorsqu'il a établi un jour d'intervalle entre la

sortie et la réincarcération : quand la loi permet d'augmenter un délai à raison des distances, c'est que le domicile est pris pour point de départ : or, dans la question actuelle, il n'est d'aucun intérêt. Nous pensons donc avec MM. DALLOZ, t. 3, p. 815, et COIN-DELISLE, *Comm.*, p. 64, qu'il faut s'en tenir au texte de l'art. 797.]]

[[**2720** bis. *L'observation du délai d'un jour entre la sortie et la réincarcération est-elle uniquement prescrite au créancier contre lequel a été prononcée la nullité du jugement?*

L'affirmative, enseignée par M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 483, résulte sinon des termes de l'art. 797, du moins de la volonté de la loi. Les créanciers étrangers, et à l'exercice de la contrainte, et aux irrégularités qui l'ont accompagnée, ne peuvent en souffrir, quant aux droits qu'ils ont acquis sur leur débiteur.]]

ART. 798. **Le débiteur sera mis en liberté, en consignant entre les mains du geôlier de la prison les causes de son emprisonnement et les frais de la capture (1).**

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 280, nos 58 à 61.]—Ordonn. de 1670, tit. 13, art. 32.—Ordonn. du 3 juill. 1816, art. 2, no 4. — Cod. proc. civ., art. 800, 802. — [Notre Dict. gén. de proc., vo *Contrainte par corps*, nos 375 à 377, 298 à 300.—Devilleneuve, vo *Emprisonnement*, no 87. QUESTIONS TRAITÉES : Résulte-t-il de l'art. 798 que le débiteur ne puisse être mis en liberté après le jugement qui annulle l'emprisonnement, s'il n'a fait la consignation dont il est question dans cet article? *Q.* 2721. — La consignation exigée par l'art. 798 est-elle restituable, si l'emprisonnement est annulé? *Q.* 2722. — Le débiteur serait-il obligé à faire la consignation prescrite par l'art. 798, s'il voulait, pour cause de maladie, être transféré de la prison dans un hospice ou dans sa propre maison? Quelles sont, d'ailleurs, les circonstances où le débiteur peut être extrait de la prison? Quelle est l'influence de l'incarcération sur les actes souscrits par le débiteur? *Q.* 2723. — Qu'est-ce que le geôlier doit faire des sommes consignées? *Q.* 2724.]

DXXII. Cette disposition, combinée avec celle de l'art. 802, concilie à la fois les droits de l'humanité et ceux du créancier. La justice et la raison s'accordent pour faire cesser les effets d'une mesure aussi rigoureuse que celle qui prive un citoyen de la liberté, en lui indiquant le moyen de la recouvrer sans retard, dès qu'il aura désintéressé le créancier.

2721. *Résulte-t-il de l'art.* 798 *que le débiteur ne puisse être mis en liberté après le jugement qui annulle l'emprisonnement, s'il n'a fait la consignation dont il est question dans cet article?*

Une telle interprétation, dit M. Berriat Saint-Prix, prêterait au législateur une absurdité et une contradiction choquantes : une absurdité, en ce qu'il eût autorisé le débiteur à former et poursuivre une demande en nullité dont il ne tirerait aucun avantage, et qui serait tout à fait inutile, puisqu'en consignant la dette et les dépens, il peut obtenir sa liberté, sans courir les risques et les frais d'une semblable instance (art. 800, § 2) ; une contradiction, en ce que l'article 797 décide que le débiteur, dont l'incarcération est annulée, ne peut être arrêté pour la même dette qu'un jour après sa sortie, et suppose, par conséquent, que la dette n'a pas été offerte.

Par ces motifs, l'auteur conclut que l'art. 798 doit être entendu non pas en ce sens qu'il exprimerait une condition imposée à la mise en liberté du débi-

---

(1) [Une consignation partielle ne produirait pas cet effet. Voy. *Quest.* 2728 et suiv., sauf les modifications apportées à l'art. 800 par la loi de 1832, art. 24 et suiv.]

teur, que le jugement aurait ordonnée en prononçant la nullité de l'emprisonnement; mais en ce sens que la loi accorde au débiteur la faculté de se faire élargir au moyen de la consignation, avant ou pendant qu'il forme sa demande en nullité; demande dont le jugement exige un intervalle à la vérité très court, mais pendant lequel le débiteur peut trouver intérêt à jouir de la liberté.

Tel est aussi le sentiment de M. PIGEAU, t. 2, p. 284. Mais par suite de ce que cet auteur pense, ce que n'admet pas M. Berriat Saint-Prix (*V.* la question suivante), que la consignation doit être restituée quand la nullité de l'emprisonnement est prononcée, même en laissant subsister la créance, il ajoute que le débiteur doit réaliser sa consignation avec opposition, entre les mains du geôlier, à la remise de cette somme au créancier, et protestation de se pourvoir contre le jugement ou l'exécution.

Cette opinion de M. Pigeau fera l'objet de la question suivante. Par rapport à celle que nous examinons maintenant, nous croyons, comme cet auteur et M. Berriat Saint-Prix, que l'art. 798 ne reçoit son application que dans le cas où le débiteur veut obtenir son élargissement provisoire avant le jugement à rendre sur la nullité, et nous regardons comme une raison décisive, en faveur de cette opinion que tout ce qui tient à la mise en liberté d'un débiteur emprisonné tient à l'ordre public; qu'il suit de là que l'emprisonnement étant annulé, le débiteur ne peut être retenu en état d'arrestation, parce que nul ne peut, même de son propre consentement, être illégalement incarcéré, et qu'il y aurait violation de ces principes certains, si la loi avait exigé, comme condition de la mise en liberté, la consignation exigée par l'art. 798.

Mais on sent qu'en faisant cette consignation, le débiteur doit protester, s'il n'a pas encore formé sa demande en nullité de l'emprisonnement, qu'il va se pourvoir à cet effet; même nous serions porté à croire qu'il doit le faire incontinent, car autrement il trouverait le moyen d'éluder la seconde disposition de l'art. 800, et d'obtenir sa liberté sans faire la consignation plus ample que cet article exige.

[[Cette dernière précision de M. Carré semble supposer que la consignation prescrite par l'art. 798 diffère de celle dont parle l'art. 800, ce que nous n'admettons pas. *V.* à ce sujet la question suivante, et l'art. 23 de la loi du 17 avril 1832 (*J. Av.*, t. 42, p. 210), qui assimile sous tous les rapports les deux consignations.]]

2722. ***La consignation exigée par l'art.*** **798** ***est-elle restituable, si l'emprisonnement est annulé?***

M. PIGEAU, t. 2, part. 5, tit. 4, ch. 1er, § 5, maintient que l'on doit restituer la consignation, même dans le cas où la créance subsiste, parce que l'art. 1293, Cod. civ., dit que la compensation n'a pas lieu dans le cas de la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé. Or, ici, le débiteur l'a été injustement, puisque, lorsqu'il est décidé que la contrainte n'était pas praticable, l'on a pris contre lui une voie prohibée, et qu'il ne suffit pas, pour agir justement, de demander une chose juste, il faut encore la poursuivre par les voies justes. Le créancier ne pourrait se dispenser de rendre cette somme, s'il l'avait touchée; il ne doit pas être traité plus favorablement, lorsqu'il ne l'a pas touchée. D'ailleurs, le débiteur peut n'avoir fait cette consignation qu'avec de l'argent qu'on lui a prêté pour lui faciliter la liberté, et sous la condition de le rendre lorsqu'il l'aurait recouvré, et il ne serait pas juste que sa confiance fût déçue.

Enfin, et par les mêmes raisons, M. Pigeau pense qu'il y aurait lieu à prononcer la restitution, même lorsque l'emprisonnement n'est annulé que pour

vice de formes, quoique, la contrainte par corps continuant de subsister, le débiteur puisse être de nouveau emprisonné.

M. Berriat Saint-Prix remarque que l'art. 812 du projet, mis après celui dont on a fait l'art. 798, contenait une disposition conforme à l'opinion de M. Pigeau ; mais cet article a été supprimé, d'après les observations des Cours de Dijon et d'Agen (V. *Praticien*, t. 5, p. 35), conformément à la doctrine de Faber, qu'il serait trop dur de forcer le créancier à rendre une somme à laquelle il a un droit légitime, et qu'il vaudrait mieux réserver au débiteur des dommages à raison de la nullité de l'exécution ; et comme on a substitué précisément cette réserve de dommages (art. 799), M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 636, not. 33, en conclut qu'il est clair que l'on ne saurait accorder autre chose au débiteur.

Nous estimons que l'on doit suivre l'opinion de M. Berriat Saint-Prix, ne fût-ce que par suite de la suppression que le législateur a faite de la disposition de l'art. 812 du projet. Les raisons que donne M. Pigeau, pour l'opinion contraire, ne nous semblent pas assez fortes pour suppléer au silence de la loi : on pourrait dire, d'un côté, que l'argument tiré de l'art. 1293, Cod. civ., ne peut avoir trait à l'espèce de la question, où il ne s'agit point d'une compensation, mais d'une consignation qui suppose évidemment une personne qui puisse recevoir; de l'autre, que celui qui aurait prêté les fonds a suivi avec le débiteur les chances du jugement à intervenir sur la demande en nullité.

[[L'interprétation de l'art. 798 et la place qu'il occupe dans le Code donnent lieu à de graves difficultés.

L'intention des commissaires du gouvernement, parmi lesquels était M. Pigeau, n'était pas douteuse; leur art. 798 était suivi d'un autre article, ainsi conçu : « (art. 812 du projet) *si l'emprisonnement est déclaré nul, les deniers payés ou consignés seront restitués au débiteur, nonobstant tous empêchements, même de la part d'un tiers; et ce, encore que la contrainte par corps subsiste ; le créancier sera contraint par corps à la restitution* » — Il est évident que la consignation, dans l'esprit des commissaires, n'était que provisoire, c'est pourquoi ils ont reparlé, dans l'art. 802, d'une consignation qui est définitive. — Qu'est-il arrivé? L'art. 812 du projet n'a pas été adopté, parce que, (LOCRÉ, *Esprit du Code de procédure civile*, t. 3, p. 399 et 400), le Tribunat a pensé, « qu'il serait injuste et immoral, que le créancier fût obligé de restituer ce qu'il aurait définitivement reçu, sur le seul fondement qu'il y aurait eu dans l'emprisonnement quelque nullité, qui, le plus souvent, ne serait pas de son fait; c'est bien assez, a-t-on ajouté, que le créancier puisse être, selon la nature des cas, condamné à des dommages-intérêts. » — L'article proposé fut alors retranché et on y substitua l'art. 799. — Dans l'esprit du législateur, qu'est-ce donc que cette consignation provisoire? Nous n'en concevons pas l'utilité. M. Berriat Saint-Prix, comme nous l'avons vu sous la question précédente, s'est demandé si cet article imposait au débiteur dont l'emprisonnement était annulé, l'obligation de consigner; il s'est prononcé pour la négative, et tel a été aussi l'avis de M. Carré. Ce qui fait naître cet embarras, c'est la position de cet art. 798, dont l'inutilité est évidente, à moins qu'il n'ait été placé là, comme le dit M. Berriat Saint-Prix, pour permettre au détenu d'obtenir sa liberté quelques heures plus tôt. Pour ce léger avantage, on l'expose à perdre la somme qu'il a consignée, et certes il n'y a pas de compensation; nous pensons donc plutôt que le législateur, après avoir retranché l'art. 812 du projet, n'a pas réfléchi qu'il rendait sans objet l'article précédent; cependant nous croyons que, dans tous les cas, le débiteur, en consignant, doit être mis en liberté. La mise en liberté ne sera pas provisoire, mais bien définitive; seulement, pour pouvoir obtenir des dommages-intérêts en cas d'annulation de l'emprison-

nement, il devra déclarer qu'il paie comme forcé et contraint, et sous la réserve de tous ses droits, et demande en nullité de l'emprisonnement etc. (1)

De tout ce qui précède on doit tirer la conséquence que, dans le cas de consignation du paiement fait sous toutes réserves, le créancier n'en est pas moins autorisé à faire saisir les deniers, à les prendre là où ils se trouvent, ou à les retenir; décider le contraire nous paraîtrait se mettre en opposition formelle avec l'intention du législateur. C'est pour ne l'avoir pas bien comprise que M. Coin-Delisle, p. 62, n° 90, a embrassé la doctrine de M. Pigeau : le motif que donne cet auteur de la suppression de l'art. 812 tombe devant l'opinion du Tribunat dont nous avons plus haut cité les termes.

M. Ginouvier, p. 148, est aussi de notre opinion.]]

2723. *Le débiteur serait-il obligé à faire la consignation prescrite par l'art.* 798, *s'il voulait, pour cause de maladie, être transféré de la prison dans un hospice ou dans sa propre maison? Quelles sont, d'ailleurs, les circonstances où le débiteur peut être extrait de la prison?* [[*Quelle est l'influence de l'incarcération sur les actes souscrits par le débiteur?*]]

Il n'est pas douteux, ainsi que le remarque M. Pigeau, t. 2, p. 289, d'après l'ancienne jurisprudence (*V.* Denisart, au mot *Prisonnier*, et Serpillon, sur l'art. 12 du titre 34 de l'ordonn.), et comme l'a décidé la Cour de Paris, par arrêt du 4 mai 1812 (*J. Av.*, t. 8, p. 601, et *J. P.*, 3e éd., t. 10, p. 366), que le débiteur dont l'état de maladie est légalement prouvé, c'est-à-dire par rapport des gens de l'art, peut obtenir sous caution, et sans consignation, sa translation dans une maison de santé, quelle que soit la nature de sa dette. (V. *Nouv. Répert.*, au mot *Elargissement.*) Nous croyons également, avec le savant auteur que nous venons de citer, qu'il pourrait obtenir sa translation à son domicile.

Mais, d'après l'arrêt de la Cour de Paris, le cautionnement doit être, dans tous les cas, égal au montant de la dette, et les créanciers auraient le droit de préposer à sa garde telle personne qu'ils jugeraient convenable. Pour que cette extraction puisse avoir lieu, il faut que le débiteur obtienne un jugement contradictoirement avec les créanciers, qui ont le droit de le faire réincarcérer, en justifiant de sa convalescence.

Il en serait de même si le séjour de la prison pouvait être mortel au débiteur; par exemple, dans le cas où il y régnerait une maladie contagieuse.

M. Pigeau assigne d'autres cas dans lesquels le débiteur peut être extrait de la maison d'arrêt. C'est lorsque sa présence est nécessaire à un acte ou à une opération qu'on ne peut faire dans la prison ; par exemple, lorsque le débiteur est appelé à comparaître personnellement ou à déposer en justice, lorsqu'il contracte mariage, lorsqu'il s'agit de faire, lors d'un scellé, d'un inventaire ou d'une opération quelconque, une reconnaissance ou une vérification qu'il ne peut pas faire par un tiers.

Il a même été jugé, par la Cour de Bruxelles, le 25 août 1807 (*V. J. C. S.*, t. 3, p. 54, et *J. Av.*, t. 8, p. 505), qu'un tribunal peut accorder au débiteur qui s'est pourvu en nullité de son emprisonnement, de se présenter lui-même à l'audience, sous la garde d'un huissier, pour y défendre sa cause et prendre

(1) [Une pareille réserve produit, en outre, cet effet que, si le débiteur se trouve encore dans les délais pour interjeter appel du jugement de contrainte, la consignation par lui faite ne peut lui être opposée comme emportant exécution ou même acquiescement à la condamnation, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation, 4 mai 1818 (*J. Av.*, t. 1, p. 200).]

communication des pièces déposées au greffe; décision qui, à notre avis, doit être étendue à tous les cas où le débiteur, ayant un procès, voudrait user de la faculté que la loi lui donne (art. 85) de plaider lui-même sa cause (1).

Dans tous les cas, l'extraction doit être constatée, ainsi que le séjour hors de la prison, et la réintégration.

Quant à tous les actes que peut faire le débiteur sans qu'il y ait nécessité de sortir de la prison, c'est entre les deux guichets qu'ils doivent être faits, ce lieu étant considéré comme lieu de liberté; mais il faut remarquer qu'encore bien qu'ils soient passés en ce lieu, ils ne seraient pas considérés comme l'étant en pleine liberté du débiteur, s'ils contenaient des conventions contraires à ses intérêts; si, par exemple, ils portaient comme condition de l'élargissement qu'accorderait le créancier, une renonciation de la part du débiteur à attaquer la créance susceptible de l'être. La jurisprudence, dit M. PIGEAU, t. 2, p. 279, est de déclarer nuls de semblables actes, quoique faits entre les deux guichets comme lieu de liberté.

[[Comme on le voit, la solution de M. Carré embrasse un grand nombre de points sur chacun desquels il est convenable de revenir en particulier. La question qu'il s'est posée renferme toutes les questions suivantes :

Le débiteur peut-il, pour cause de maladie ou de contagion dans la maison où il est détenu, demander à être transporté ailleurs?

Lui serait-il permis de solliciter sa translation à son propre domicile; à quelles conditions cette translation est-elle subordonnée, dans l'intérêt des créanciers qui ont emprisonné ou recommandé le détenu?

Est-il d'autres circonstances, à raison desquelles le débiteur puisse être extrait de prison?

Enfin, quelle sera l'influence du fait de l'incarcération sur la validité des actes passés par le débiteur?

1° Nul doute que le fait d'une maladie, dangereuse ou non, mais que la résidence dans la prison serait susceptible d'aggraver, ne suffise pour autoriser l'extraction du débiteur, lorsqu'elle est certifiée par le médecin de la maison de détention ou par des officiers de santé commis par justice. A l'arrêt de Paris cité par M. Carré, à l'appui de cette opinion, on peut ajouter deux arrêts plus récents, l'un de la même Cour, 7 janv. 1814 (*J. Av.*, t. 8, p. 603, et *J. P.*, 3e éd., t. 12, p. 14), l'autre de Nîmes, 27 août 1838 (*J. Av.*, t. 56, p. 281), et l'avis conforme de MM. MERLIN, *Répert.*, t. 4, p. 512; BERRIAT SAINT-PRIX, p. 637, not. 38; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 679, note; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 378, et COIN-DELISLE, p. 67, n° 109. L'intérêt de l'humanité l'emporte ici sur toute autre considération. Au surplus, comme il est permis aux créanciers de contester la gravité de la maladie ou de réclamer l'emploi de précautions dont nous parlerons bientôt, nous croyons avec M. Carré que le jugement qui ordonne la translation devra être rendu contradictoirement avec eux.

2° Les arrêts et la plupart des auteurs précités ont, comme restriction au principe universellement admis, interdit au débiteur malade de se faire transporter et soigner dans son domicile, et cet avis doit prévaloir, bien que M. Berriat Saint-Prix, *eodem loco*, paraisse ne pas lui donner son approbation, L'ancienne jurisprudence, il est vrai, accordait cette faculté; mais il faut considérer qu'alors la contrainte par corps pouvant être perpétuelle, la rigueur

(1) [M. Carré ajoutait à sa note *Jurisprudence* de l'art. 782 :

« Nous ne doutons pas que cette permission ne doive lui être accordée ; mais, dès lors que le débiteur reste sous la garde d'un huissier, la sujétion à caution nous paraît trop rigoureuse. »]

même de la pénalité était un obstacle à son strict accomplissement. Le temps assez court auquel est aujourd'hui limité son exercice ne permet plus une tolérance semblable ; il serait trop facile au débiteur, par des certificats où la complaisance joue souvent un aussi grand rôle que la conviction, d'éluder entièrement la sanction de ses obligations et de braver même, à l'abri d'une condamnation illusoire, des poursuites et des peines auxquelles il serait censé satisfaire. Aussi croyons-nous qu'en thèse générale, cette doctrine ne doit souffrir aucune difficulté.

Où devra donc être transporté le débiteur? A l'hospice pour dettes, répond M. Merlin, *eodem loco*, avec l'art. 15 de la loi du 4 vend. an VI, et sous la garde de l'autorité publique, d'après l'art. 16 de la même loi. Cette décision nous semble parfaitement juste, en ce qu'elle maintient l'exercice de la contrainte dans tout ce qui peut se concilier avec la position du débiteur et les prescriptions de l'humanité.

Cependant les arrêts susmentionnés ont été plus loin ; ils ont permis au prisonnier de se faire conduire et soigner dans tout établissement de santé reconnu à ce titre ; c'est, ce nous semble, manquer au vœu de la loi et supprimer de fait la contrainte : les Cours de Paris et de Nîmes l'ont bien senti ; aussi ont-elles subordonné la translation du débiteur à deux conditions, sur le mérite desquelles nous nous expliquerons bientôt. Constatons auparavant que l'hospice étant en quelque sorte la prison du débiteur malade, nous ne concevrions pas que celui-ci fût astreint, pour y être transporté, à d'autres conditions que le consentement des tribunaux, qui, eux-mêmes, la maladie dûment reconnue, ne seraient pas libres de le refuser.

Quant aux frais occasionnés par cette maladie, nous avons déjà vu, sous la *Quest.* 2696, qu'ils étaient incontestablement à la charge du débiteur, demeuré dans la maison d'arrêt; à plus forte raison, s'il en a obtenu son extraction. Mais si les créanciers voulaient préposer à sa garde telle personne qu'ils jugeraient convenable, il n'est pas moins certain que ce devrait être à leurs propres dépens; au moins lorsque le débiteur a été, comme le veut la loi, transporté à l'hospice, où il demeure sous la surveillance de l'autorité, ce qui rend frustratoires les frais d'une surveillance particulière.

3° Nous avons dit que plusieurs Cours royales, en autorisant la translation du prisonnier dans une maison de santé ordinaire, et pour atténuer ce qu'une telle tolérance semble offrir d'exorbitant, exigeaient que le débiteur fournît un cautionnement, lequel doit même, d'après M. Carré, être égal au montant de la dette, et qu'il se représentât à l'expiration d'un délai déterminé par les juges : ces restrictions ne nous paraissent servir qu'à montrer l'embarras où une fausse marche avait jeté ces Cours. En effet, le débiteur est-il transféré dans un hospice ; mais lorsqu'il s'est conformé au vœu de la loi, comment exiger de lui surérogatoirement une caution qu'il lui sera le plus souvent impossible de trouver, et faute de laquelle il demeurerait en prison, au péril de sa vie? L'humanité, la raison même repoussent trop énergiquement une telle conséquence pour qu'il y ait seulement lieu de la discuter. Est-il transféré dans un établissement ordinaire? La Cour de Paris a statué dans cette hypothèse ; mais comment n'a-t-elle pas vu que le débiteur, en fournissant, comme elle l'exigeait, un cautionnement égal à la valeur de sa dette, avait acquis sa liberté définitive ; qu'il était maître d'aller où il voulait, et de ne pas se représenter après le délai qu'elle lui accordait? Et si l'on objecte que la dation de caution n'est pas l'un des moyens déterminés par l'art. 800, pour redevenir définitivement libre, nous répondrons que cet argument se tourne contre le moyen terme admis par les Cours de Paris et de Nîmes, et qui a précisément pour effet de supprimer, pendant un temps plus ou moins long, l'exercice de la contrainte. Ainsi, de quelque côté qu'on l'envisage, ce système nous paraît vicieux et peu conforme

à la loi, à moins qu'il ne soit sanctionné par l'assentiment des créanciers.

4° Quant au point de savoir s'il est, indépendamment d'une maladie, des circonstances qui justifient une extraction temporaire de la maison d'arrêt, nul doute qu'en thèse générale l'affirmative ne doive être adoptée; la difficulté porte uniquement sur la nature des cas à raison desquels cette autorisation pourra être obtenue. Sur ce point, il faut nécessairement accorder aux tribunaux un pouvoir d'appréciation fort large, mais limité néanmoins par cette règle, qu'une nécessité évidente justifie seule la suspension, même temporaire, de la contrainte; car il n'est pas plus permis d'abroger une peine d'un jour que d'une année. Nous avons vu, sous l'art. 782, qu'un sauf-conduit peut être délivré au débiteur sous le coup d'une condamnation par corps; mais nous avons vu aussi que c'était uniquement dans l'intérêt des tiers et de la justice, et non dans le sien. La raison de cette règle est plus puissante encore dans le cas actuel. De simples convenances, des intérêts pécuniaires, d'ailleurs considérables, ne suffiraient donc pas pour autoriser l'extraction du débiteur, et c'est ce qu'ont jugé les Cours de Paris, 5 déc. 1828, et de Douai, 7 déc. 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 152, et *J. P.*, 3ᵉ éd., t. 22, p. 434, et t. 23, p. 924). Nous ne saurions par conséquent admettre avec M. Carré, au moins sans distinction aucune, que le débiteur obtienne la faculté d'assister aux audiences, et d'y plaider personnellement la cause dans laquelle il serait intéressé. Cela est vrai en matière criminelle, où l'accusé doit toujours être entendu; et, en matière civile, pour les actes qu'une partie doit faire par elle-même et à l'audience ; dans tous les autres cas, sa présence, sa parole, convenables, utiles même au procès, ne sont pas une nécessité qui autorise la suspension de la contrainte. L'objection prise de ce que la défense est de droit naturel, porte évidemment sur une équivoque; le prisonnier sera défendu, comme le sont toutes parties, par ses organes légaux, et rien d'ailleurs ne l'empêche de transmettre par écrit aux juges les explications particulières qu'il croira devoir présenter. Nous avons dit, sous le numéro précédent, ce que nous pensions de ces palliatifs illégaux admis par quelques Cours, surveillance d'huissiers, cautionnement, etc., et nous sommes heureux de trouver cette fois notre doctrine conforme à celle de deux arrêts de Paris, 24 mai 1813, et 26 fév. 1819 (*J. Av.*, t. 8, p. 611), qui repoussent la décision de M. Carré et de la Cour de Bruxelles, que nous combattons ici. En un mot, et pour résumer notre opinion sur ce point, l'exercice de la contrainte ne pourra être suspendu, même temporairement, que dans le cas d'une absolue nécessité, dont les tribunaux seront juges.

5° Il nous reste à nous expliquer relativement à l'influence de l'incarcération sur les actes souscrits, entre deux guichets, par le débiteur. L'observation que fait M. Carré, que la présomption de liberté n'est point dans ce cas absolue, ne saurait être révoquée en doute. Mais faudrait-il annuler un acte passé en ce lieu, par cela seul qu'il emporterait, de la part du débiteur, renonciation à un droit plus ou moins contestable? Cela nous paraît impossible; les gardiens, les employés de la prison sont les agents de l'autorité publique et non des créanciers. Pour admettre qu'ils se soient prêtés à des extorsions, à des violences, impossibles sans leur complicité, il faut des preuves irrécusables, ou tout au moins de très fortes présomptions. L'état d'emprisonnement change donc peu de chose, quant à la validité des conventions, aux règles ordinaires du droit. Il ne servirait à faire présumer la contrainte que dans des cas très rares, et ne serait pas l'une de ces présomptions *juris et de jure* qui, indépendamment de toute autre preuve, suffisent pour entraîner l'anéantissement d'un acte.]]

2724. *Qu'est-ce que le geôlier doit faire des sommes consignées?*

Il doit, lorsque le créancier ne les aura pas acceptées dans les vingt-quatre

heures, les déposer à la caisse des consignations. (Ordonnance du 3 juill. 1816, art. 1er, § 4.)

[[Cette remarque est exacte, et nous combattons, *Quest.* 2743, l'opinion contraire émise par M. Carré.]]

Art. 799. Si l'emprisonnement est déclaré nul, le créancier pourra être condamné en des dommages-intérêts envers le débiteur.

Loi du 15 germ. an VI, art. 6. — Cod. proc. civ., art. 128, 794. — [Notre Dict. gén. de proc., vº *Contrainte par corps*, nos 154 et 364 à 368. — Devilleneuve, vº *Emprisonnement*, nº 37. — Arm. Dalloz, vº *Contrainte par corps*, nos 726 à 735. — Locré, t. 22, p. 498, nº 115.

Questions traitées : Outre la condamnation aux dommages intérêts, les juges pourraient-ils ordonner l'impression et l'affiche ? *Q.* 2725. — L'incarcération nulle donne-t-elle toujours lieu à des dommages intérêts? *Q.* 2726.]

2725. *Outre la condamnation aux dommages-intérêts, les juges pourraient-ils ordonner l'impression et l'affiche?*

Oui sans doute, d'après l'art. 1036; mais cela ne pourrait avoir lieu que dans le cas où l'exercice de la contrainte aurait été injurieux. Au surplus, cette mesure, de même que la condamnation aux dommages-intérêts, est purement facultative. (*Voy.* Pigeau, t. 2, p. 283.)

[[C'est aussi notre avis, et celui de MM. Thomine Desmazures, t. 2, p. 378; Dalloz, t. 3, p. 812, note, et Coin-Delisle, p. 63, nº 94.]]

2726. *L'incarcération nulle donne-t-elle toujours lieu à des dommages-intérêts?*

Par arrêt du 28 déc. 1814 (Voy. *J. Av.*, t. 8, p. 392), la Cour de Rennes a admis en principe général que la condamnation aux dommages-intérêts n'était que facultative, puisqu'elle a refusé de la prononcer dans une espèce où elle considéra qu'il n'était pas dû de dommages-intérêts au débiteur qui ne contestait pas la créance de l'intimé, lequel ne pouvait en être passible qu'autant que sa créance n'eût pas été légitime et fondée.

Nous ajoutons qu'en effet, l'art. 799 portant que si l'emprisonnement est déclaré nul, le créancier *pourra* être condamné en des dommages-intérêts, laisse cette condamnation à l'arbitrage des juges, et conséquemment la Cour de Rennes, dans l'arrêt ci-dessus, a pu prendre pour motif de son refus de la prononcer la circonstance que la dette n'était pas contestée. Telle est aussi la règle que l'équité semble indiquer en pareille matière; car le débiteur ne doit pas faire tourner à son profit pécuniaire un vice de forme dans l'exécution d'une condamnation dont il ne conteste pas la justice.

Cette décision rentre dans l'opinion de M. Pardessus, qui ne pense pas (*Voy.* t. 5, p. 281) que la condamnation aux dommages-intérêts doive être prononcée quand la nullité de l'emprisonnement ne tient qu'à la forme.

Nous n'admettons pas cette opinion d'une manière aussi absolue. Dès lors, en effet, que l'article ne distingue point, le juge ne peut être empêché de prononcer des dommages-intérêts, dans *tous les cas*, et c'est ce qui a été jugé notamment par la Cour de Montpellier, le 19 juin 1807; par celle de Florence, le 12 août 1809; par celle de Nîmes, le 22 mars 1813 (1) (S. t. 15, p. 42;

---

(1) De même celui qui, par erreur provenant de l'identité de nom, aurait été emprisonné, pourrait échouer dans sa demande en dommages-intérêts, s'il n'avait pas ré-

t. 12, p. 379; t. 14, p. 278; *J. Av.*, t. 8, p. 502, 560 et 609; *J. P.*, 3e édit., t. 6, p. 161, t. 7, p. 769, t. 11, p. 226).

Mais nous répétons que l'annulation de l'emprisonnement n'impose pas cette obligation au juge, et ne lui donne qu'une faculté dont il use, *s'il l'estime convenable.*

Ainsi, l'on ne casserait pas, pour violation de l'art. 799, un jugement qui eût accordé des dommages-intérêts à raison d'un emprisonnement annulé pour vices de forme.

[[Il est incontestable que la condamnation, soit du créancier, soit de l'huissier (1) à des dommages-intérêts, n'est pas la conséquence nécessaire de la nullité de l'emprisonnement, mais qu'elle dépend de circonstances dont l'appréciation est abandonnée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux, aussi bien que la quotité des dommages, dans le cas où il en serait accordé au débiteur.

La question de savoir s'il est permis aux juges de prononcer des dommages, dans tous les cas de nullité, est plus difficile, et aussi plus débattue.

MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 484, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 379, enseignent l'affirmative; voy. aussi M. COFFINIÈRES (*J. Av.*, t. 8, p. 608).

Nous pensons avec M. Carré qu'il n'est pas possible de décider la question d'une manière absolue. L'examen des nombreux arrêts rendus sur la matière, semble même interdire tout classement systématique, toute précision bien tranchée sur un point qui dépend avant tout d'espèces dont le nombre et les positions sont infinis.

Il est cependant une règle qui doit éclairer l'appréciation des tribunaux; c'est que les dommages-intérêts sont dûs, non à raison du fait de l'emprisonnement, mais du préjudice qui en est résulté pour le débiteur.

Ces deux choses, il est vrai, se confondent, lorsque le créancier a procédé à l'arrestation et à l'incarcération d'un individu sans en avoir le droit, soit que son titre n'entraînât pas la contrainte, soit que le jugement de condamnation ne l'eût pas prononcée, soit enfin que ce jugement émanât d'une autorité incompétente, comme l'ont reconnu les arrêts précités de Montpellier et de Rennes, et comme M. Carré en a fait aussi l'observation.

Mais il n'en est plus de même, lorsque la nullité résulte de vices de forme, puisqu'alors le créancier avait titre suffisant pour effectuer l'arrestation, suivant la juste remarque de la Cour de Florence, arrêt précité; le préjudice provient alors de faits d'une autre nature. Frais frustratoires, vexations inutiles, aggravation quelconque de la position du débiteur, voilà les circonstances qui se produisent, et qui se rencontrent dans des espèces où les Cours de Colmar, 20 août 1808 (*J. Av.*, t. 8, p. 543), et 31 août 1810 (*J. P.*, 3e édit., t. 8, p. 585), et de Bordeaux, 3 déc. 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 193), comme celle de Nîmes, arrêt précité, ont, à raison de vices de forme, condamné le créancier à des dommages-intérêts.

Quant aux faits, mêmes vexatoires, mais antérieurs à l'incarcération, M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 470, après la Cour de Paris, 19 janv. 1808 (*J. P.*, 3e éd., t. 6, p. 451, voir la note 1re de M. Carré), a paru admettre contre le débiteur une fin de non-recevoir prise de ce qu'il n'aurait pas demandé à être conduit en référé devant le président du tribunal, ou de ce qu'il ne s'y serait pas plaint du préjudice qu'il a éprouvé; mais cette précision, présentée du reste par cette Cour avec divers tempéraments, ne nous semble pas dégager d'une manière

---

clamé d'être conduit en référé. L'huissier qui aurait agi en vertu d'un pouvoir spécial, et qui aurait procédé légalement, ne saurait être responsable de l'erreur; Paris, 19 janv. 1808 (S. 8.2.55, et *J. Av.*, t. 8, p. 513).

(1) [Les mêmes règles sont applicables à ce dernier; Riom, 21 sept. 1821 (*J. Av.*, t. 32, p. 310).]

absolue la responsabilité du créancier ou de l'huissier qui se serait livré à des fraudes ou à des mauvais traitements dans l'exercice de la contrainte; et cela nous paraît d'autant plus vrai, que le président, qui peut ordonner la mise en liberté du réclamant, n'est pas compétent pour prononcer une condamnation en dommages. Toutefois, le silence du débiteur est une circonstance de nature à être prise en considération, dans certains cas, surtout si le préjudice est contesté.

Quant aux nullités de forme, toutes susceptibles sans doute d'occasionner un tort plus ou moins grave à la partie incarcérée, s'il est certain, en fait, qu'elle ne lui en ont causé aucun, et c'est ce qui peut arriver notamment dans le cas d'une signification incomplète, d'une rédaction vicieuse de l'écrou, la demande en dommages devrait être repoussée, comme l'ont décidé avec raison les Cours de Florence, arrêt précité (*J. P.*, 3e édit., t. 7, p. 769); Nancy, 23 juill. 1813 (*J. Av.*, t. 8, p. 560), et de Bruxelles, 25 mai 1822 (*D.*, t. 3, p. 812).

M. Coin-Delisle, p. 63, n° 91, rejette aussi comme trop absolues les opinions contraires de MM. Pardessus, dans un sens, et de Thomine Desmazures, dans l'autre; il admet des distinctions qui se rapprochent beaucoup de celles que nous avons nous-mêmes présentées.]]

Art. 800. Le débiteur légalement incarcéré obtiendra son élargissement,

1° Par le consentement du créancier qui l'a fait incarcérer, et des recommandants, s'il y en a;

2° Par le paiement ou la consignation des sommes dues tant au créancier qui a fait emprisonner qu'au recommandant, des intérêts échus, des frais liquidés, de ceux d'emprisonnement, et de la restitution *des aliments consignés* (1);

3° Par le bénéfice de cession;

4° A défaut par les créanciers d'avoir consigné d'avance les alimens;

5° Et enfin, si le débiteur a commencé sa soixante-dixième année, et si, dans ce dernier cas, il n'est pas stellionataire (2).

Tarif, 77. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 280, n° 56.]—Loi du 15 germ. an VI, art. 14 et 18.— Ordonn. de 1670, tit. 13, art. 21, 28 et 29. — Cod. civ., art. 1109, 1235, 1257, 1268, 1270, 2066. — Cod. proc. civ.. art. 791, 794, 801, 802, 803. — [Loi du 17 avril 1832, art. 23 à 26; 5, 7, 13, 39 et 40. — Notre Dict. gén. de proc., v° *Contrainte par corps*, nos 379, 387, 394, 395 et 398. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 745, 749 à 758, 762 à 766. — Locré, t. 22, p. 498, n° 116, et p. 499, n° 118.

Questions traitées: Un concordat homologué qui accorderait des termes ou des remises au failli, sans réserver la contrainte par corps, est-il réputé en faire remise? *Q.* 2727. — Le paiement d'une partie de la dette, en réduisant l'excédant à une somme à raison de laquelle les juges n'auraient pu prononcer la contrainte, ou auraient dû en abréger la durée, doit il entraîner l'élargissement ou diminuer le temps de la peine infligée au débiteur? *Q.* 2727 *bis*. — Le débiteur devrait il consigner les intérêts échus, s'ils ne montaient pas à 300 fr.? *Q.* 2728. — Quels sont les frais liquidés dont le dé-

(1) [Depuis le jour de l'entrée en prison jusqu'à celui de la sortie.]

(2) [En ce qui concerne les condamnations à une somme de 300 fr. et au-dessus, prononcées en matière pénale, l'arrivée de la soixante-dixième année n'est pas pour le débiteur une cause immédiate d'élargissement; elle n'a d'autre effet que de diminuer de moitié la durée de la détention qui reste à courir (Loi du 17 avril 1832, art. 40, *J. Av.* t. 42, p. 218).]

biteur doit faire consignation ? *Q*. 2729. — Le débiteur doit-il offrir une somme pour les frais non liquidés ? *Q*. 2730. — Le débiteur est-il tenu de consigner toute la somme que le créancier aurait consignée lui-même pour aliments, si le débiteur ne l'avait pas consommée en entier ? *Q*. 2731. — La consignation peut-elle être faite sous condition ? *Q*. 2732. — Suffirait-il, pour que le débiteur obtînt son élargissement, qu'il eût offert la cession de ses biens ? *Q*. 2733. — Depuis la publication du Code de procédure, les septuagénaires ne peuvent-ils plus être contraints par corps à l'exécution des jugements rendus par les tribunaux de commerce ? *Q*. 2734. — Le septuagénaire est-il sujet à la contrainte par corps pour des obligations commerciales antérieures à la loi du 9 mars 1793, qui abolit cette contrainte ? *Q*. 2735. — Quels sont, parmi les cas dans lesquels le débiteur peut être élargi, conformément à l'art. 800, ceux où le geôlier peut mettre de suite le débiteur en liberté ? *Q*. 2736. — La loi a-t-elle fixé pour terme à la durée de l'emprisonnement un certain laps de temps à l'expiration duquel le débiteur puisse et doive être élargi ? *Q*. 2737. — L'insolvabilité prouvée peut-elle être une cause de mise en liberté du débiteur ? *Q*. 2738. — Les cas énumérés dans l'art 800 sont-ils les seuls à raison desquels le débiteur puisse obtenir sa mise en liberté ? *Q*. 2738 *bis*. — Les tribunaux peuvent-ils ordonner l'exécution provisoire, nonobstant appel ou opposition, d'un jugement qui annullerait un emprisonnement ou qui prononcerait l'élargissement du débiteur ? *Q*. 2739.]

DXXIII. L'énumération des circonstances dans lesquelles, suivant cet article, le débiteur peut obtenir son élargissement, est fondée sur la raison, la justice et l'humanité. Sur la raison, et comme conséquence des principes généraux du droit, comme la première et la troisième ; sur la justice et l'humanité comme la seconde, la quatrième et la cinquième.

Des sentiments d'humanité, dit M. PARDESSUS, t. 5, p. 290, avaient laissé croire qu'on ne devait pas autoriser à la fois l'emprisonnement du mari et celui de la femme ; mais les tribunaux ne pourraient avoir aucun égard à cette position pour rendre la liberté à l'un d'eux, malgré le créancier qui les aurait fait arrêter en vertu d'un titre valable, et dans une forme régulière.

En effet, dès que la loi a précisé les cas dans lesquels elle a entendu autoriser l'élargissement du débiteur, quelque favorable que soit la liberté, il n'est pas permis au juge d'être moins sévère que le législateur.

[[La règle tracée par le n° 2 de l'art. 800, quant à l'élargissement du débiteur qui a payé ou consigné le montant de la créance, a reçu de la loi du 17 avril 1832 (*J. Av.*, t. 42, p. 210), les modifications suivantes :

« Art. 24. Le débiteur, si la contrainte par corps n'a pas été prononcée pour dette commerciale, obtiendra son élargissement en payant ou en consignant le tiers du principal de la dette et de ses accessoires, et en donnant pour le surplus une caution acceptée par le créancier, ou reçue par le tribunal civil, dans le ressort duquel le débiteur sera détenu.

« Art. 25. La caution sera tenue de s'obliger solidairement avec le débiteur à payer, dans un délai qui ne pourra excéder une année, les deux tiers qui resteront dûs.

« Art. 26. A l'expiration du délai prescrit par l'article précédent, le créancier, s'il n'est pas intégralement payé, pourra exercer de nouveau la contrainte par corps contre le débiteur principal, sans préjudice de ses droits contre la caution. »

Voy., pour la durée de l'emprisonnement, notre *Quest.* 2737.]]

2727. *Un concordat homologué qui accorderait des termes ou des remises au failli, sans réserver la contrainte par corps, est-il réputé en faire remise ?*

Oui, dit M. PARDESSUS, t. 5, p. 288, et les non-signataires seraient obligés de même que si leur consentement eût été exprès. Ainsi donc le débiteur obtiendrait son élargissement sur le vu de ce concordat.

[[Peut-être sous l'empire de la législation antérieure de la loi du 28 mai 1838, cette dernière décision aurait-elle pû souffrir quelque difficulté. Au moins aurait-il fallu distinguer entre les créanciers portés au bilan et ceux qui n'y fi-

gureraient pas : relativement à ceux-ci, le concordat n'était pas obligatoire et n'empêchait pas, de leur part, des poursuites en remboursement de leur dette. Mais la loi de 1838, en décidant par son art. 516 que l'homologation du concordat lie tous les créanciers indistinctement, défend par cela seul à quelques-uns d'exercer un mode de coercition que les autres se sont interdit, ou qu'ils ne se sont pas réservé, ce qui revient au même, d'après la juste observation de MM. Pardessus et Carré.]]

[[**2727 bis.** *Le paiement d'une partie de la dette, en réduisant l'excédant à une somme à raison de laquelle les juges n'auraient pu prononcer la contrainte ou auraient dû en abréger la durée, doit-il entraîner l'élargissement ou diminuer le temps de la peine infligée au débiteur?*

Avant la loi de 1832, la question ne souffrait pas de difficulté sérieuse. Un paiement partiel et qui n'aurait eu d'autre but que d'éluder la contrainte, sans satisfaire le créancier, est une fraude d'autant plus répréhensible qu'elle atteste, de la part du débiteur, un manque de bonne volonté plutôt que de ressources. L'art. 800 suppose un paiement intégral, non-seulement du montant de la dette, mais de tous les accessoires. La doctrine et la jurisprudence étaient également d'accord sur ce point.

La loi du 17 avril 1832, en graduant la durée des peines sur la quotité de la dette, au moins en matière commerciale, et en matière pénale, dans certains cas, a fait renaître la question sous un autre aspect et avec des raisons plus puissantes de douter. On peut dire, en effet, qu'il ne s'agit plus d'empêcher la contrainte, mais de la réduire au temps déterminé par la loi pour les divers cas dans lesquels elle statue ; supposons que la compensation ait éteint une partie de la dette : est-il juste que le détenu demeure en prison aussi longtemps que si elle subsistait dans son entier?.. Quelque plausibles que paraissent ces considérations, nous ne pensons pas qu'elles soient assez fortes pour prévaloir sur des principes dont la destruction amènerait trop d'abus. Le droit du créancier doit être considéré à son origine, il ne dépend pas du débiteur de l'affaiblir, de le transformer; tant qu'il n'aura pas rempli ses obligations, il subira la peine de leur inaccomplissement. C'est donc avec raison que la Cour de Bastia, 19 juin 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 610 ; *J. P.*, 3e édit., t. 25, p. 585), a jugé que le débiteur incarcéré en vertu d'une condamnation au paiement d'une somme supérieure à 500 fr., ne peut, au bout d'un an, demander son élargissement, en opposant, à titre de compensation, le montant d'une condamnation qu'il aurait ultérieurement obtenue contre son créancier, à qui, par l'effet de cette compensation, il resterait devoir moins de 500 fr.]]

2728. *Le débiteur devrait-il consigner les intérêts échus, s'ils ne montaient pas à 300 fr.?*

Cette question naît de ce que l'art. 1153 du Code civil qualifie *dommages-intérêts* les intérêts résultant du retard apporté à l'exécution des obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme. Or, l'art. 126, n° 1er, Cod. proc. civ., veut que la contrainte par corps ne puisse être prononcée pour dommages-intérêts, en matière civile, qu'au-dessus de 300 fr.; d'où l'on pourrait conclure que le défaut de consignation, lorsque les intérêts seraient au-dessous de cette somme, ne pourrait empêcher l'élargissement du débiteur.

Nous pensons avec M. Pigeau, t. 2, p. 5, tit. 4, ch. 1, sect. 4, div. 5, que cette conséquence ne saurait être admise ; et nous en donnons pour motif que le législateur n'a fait aucune distinction dans l'art. 800. D'ailleurs, l'art. 126 n'ayant trait qu'à une condamnation de dommages-intérêts qui peut, à la dis-

crétion du juge, emporter contrainte par corps, quoique les condamnations prononcées au principal ne fussent pas exécutoires de la sorte, on ne peut en tirer aucune induction relativement au cas où les dommages-intérêts résultant nécessairement du défaut de paiement d'une dette payable, sous peine d'emprisonnement, font partie de cette dette même, comme des accessoires qui ne peuvent en être séparés. S'il en était autrement, il faudrait admettre que, lorsque des intérêts moratoires s'élèveraient au-dessus de 300 fr., les tribunaux pourraient prononcer la contrainte par corps pour leur paiement, quoiqu'ils ne le pussent pas pour le principal. Or, sans contredit, le législateur n'a pas eu cette intention : concluons donc que l'art. 126 n'étant pas applicable aux intérêts moratoires que l'art. 1153, Cod. civ., qualifie *dommages-intérêts*, le débiteur est obligé de les consigner, quelque modique que soit la somme à laquelle ils se monteraient.

[[Ces raisons nous paraissent sans réplique.]]

2729. *Quels sont les frais* LIQUIDÉS *dont le débiteur doit faire consignation?*

Ce sont les frais faits avant le jugement, ceux du jugement, et ceux faits depuis, même pour d'autres saisies que l'emprisonnement, puisque l'art. 800, comme le fait observer M. Pigeau, *ubi suprà*, sépare des frais de cet emprisonnement ce qu'il appelle les frais *liquidés*. Or, si le législateur n'avait entendu désigner, par ces expressions, que les frais d'emprisonnement seulement, il eût été inutile de dire, comme il l'a fait, *des frais liquidés*, *de ceux d'emprisonnement.*

[[La loi du 17 avril 1832 (*J. Av.*, t. 42, p. 210), a répondu à la question de M. Carré, par son art. 23, dont voici les termes :

« Les frais liquidés que le débiteur doit consigner ou payer pour empêcher l'exercice de la contrainte par corps, ou pour obtenir son élargissement, conformément aux art. 798 et 800. § 2, Cod. proc. civ., ne seront jamais que les frais de l'instance, ceux de l'expédition et de la signification du jugement et de l'arrêt, s'il y a lieu, ceux enfin de l'exécution relative à la contrainte par corps *seulement.* »

Cette dernière précision ne permet plus, sous l'empire de la loi de 1832, d'adopter l'explication de M. Carré, exacte d'ailleurs comme interprétation de l'art. 800. Le nouveau législateur a voulu que la mise en liberté du détenu ne fût pas retardée, parce qu'il lui serait impossible de payer les frais de diverses saisies qui s'élèvent dans beaucoup de cas à des sommes considérables.

Les termes dans lesquels est conçu cet article, ne permettent pas davantage de soutenir, avec M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 381, qu'en offrant le paiement du capital et des intérêts sans les frais, le débiteur peut se dérober à l'exercice de la contrainte, et c'est ce qu'a jugé la Cour de Paris, 19 sept. 1839 (*J. P.*, t. 2 de 1839, p. 389). Au surplus, en l'absence même du texte de la nouvelle loi, l'opinion que nous venons de rappeler nous semblerait encore insoutenable, puisque l'art. 1220, Cod. civ., interdit au débiteur de diviser ses paiements sans le consentement du créancier.]]

2730. *Le débiteur doit il offrir une somme pour les frais non liquidés?*

L'art. 1258, n° 3, Cod. civ., exige, pour opérer la libération du débiteur, qu'il fasse l'offre de cette somme, sauf à la parfaire; mais l'art. 800, Cod. proc. civ., n'exigeant que la consignation des frais *liquidés*, on doit s'en tenir strictement à son application, et se garder d'y ajouter, par suite de raisonnements d'analogie, une disposition rigoureuse que le législateur n'a sans doute omise qu'à dessein, en faveur de la liberté. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 285.)

[[La décision de M. Carré puise encore une nouvelle force dans les expres-

sions de l'art. 23 de la loi du 17 avril 1832 (*J. Av.*, t. 42, p. 210; *Voy.* la question précédente). Il paraîtrait même juste d'induire de cet article que le débiteur n'est pas plus tenu d'offrir la somme pour prévenir l'exercice de la contrainte, que pour sortir de prison, puisque la loi ne distingue pas, et que la dérogation à l'art. 1258, § 3, Cod. civ., s'applique également dans les deux hypothèses, et se justifie par des raisons identiques.

M. COIN-DELISLE, p. 105, n° 3, objecte à la vérité que ces mots de l'art. 23 : *Pour empêcher l'exercice de la contrainte*, sont limités par ceux-ci : *Conformément aux art.* 798 *et* 800; mais c'est là une erreur manifeste. Les art. 798 et 800 sont relatifs à la mise en liberté du débiteur, et non à son incarcération : ils n'ont rien de commun avec les empêchements à l'exercice de la contrainte. Or, il résulte de la combinaison de l'art. 23 de la nouvelle loi avec l'art. 800 du Code, que l'un de ces empêchements, c'est l'offre des frais liquidés avec celle du capital et des intérêts. Il est vrai que l'art. 800 ne lui attribuait cet effet qu'à l'égard du débiteur incarcéré ; mais l'art. 23 parle aussi du débiteur menacé de la contrainte, et nous pensons qu'il a voulu supprimer une différence qu'il était difficile de motiver.]]

2731. *Le débiteur est-il tenu de consigner toute la somme que le créancier aurait consignée lui-même pour aliments, si le débiteur ne l'avait pas consommée en entier?*

Nous pensons comme M. HAUTEFEUILLE, p. 439, que la disposition de la loi ne s'entend, relativement à la restitution des sommes consignées pour aliments, que de celles que le débiteur a consommées depuis son arrestation jusqu'au moment de son élargissement : celles qui n'ont point été consommées ne doivent donc être restituées que par le geôlier, au créancier qui les avait consignées.

[[Cela nous paraît de toute évidence.]]

2732. *La consignation peut-elle être faite sous condition?*

D'après un arrêt de la Cour de cassation, du 27 mai 1807, cité par M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 637, not. 41, et par M. CHAUVEAU, *J. Av.*, t. 8, p. 500; *J. P.*, 3e édit., t. 6, p. 115, il faut que la consignation soit pure et simple; car si elle était faite sous condition, le créancier ne serait pas entièrement libre d'en profiter.

[[L'arrêt rappelé par M. Carré statuait dans une espèce où la consignation n'était pas intégrale, et de plus avait été faite conditionnellement; le motif de sa nullité était pris surtout dans la premiere de ces deux circonstances. La seconde nous semble devoir donner lieu à quelques précisions.

Il est incontestable que si la condition sous laquelle le débiteur a consigné était de nature à empêcher, ou simplement à retarder la remise au créancier des sommes qui lui sont dues, il faudrait décider que la condition doit empêcher l'élargissement du détenu. Toutefois, si l'argent était déposé entre les mains du geôlier, et qu'il fût au pouvoir de l'incarcérant de s'en emparer purement et simplement, sans nuire aux droits ni aux intérêts des tiers, nous ne voyons pas pourquoi la condition ne serait point réputée non avenue ; le débiteur redevenu libre n'aurait point d'action en répétition à raison de son inaccomplissement, car il n'a payé que ce qui était légitimement dû, et les principes qui ont servi à résoudre la *Quest.* 2722, s'appliquent ici jusqu'à un certain point. Tout ce que l'on peut opposer à cette remarque, c'est que le créancier ne peut être forcé d'accepter une consignation conditionnelle, et que s'il exige qu'elle soit pure et simple, le débiteur doit jusque-là rester en prison.

A l'égard des réserves faites par ce dernier, en consignant, et dont nous avons donné un exemple sous la *Quest.* 2722, nous pensons avec M. THOMINE-DESMAZURES, t. 2, p. 382, que, loin de nuire à la validité de la consignation, elles en sont comme un juste complément, dans les cas où des voies de recours sont encore ouvertes au débiteur contre le jugement qui le condamne. Il peut aussi arriver que le créancier réclame plus qu'il ne lui est dû, et que le détenu, pour sortir immédiatement de prison, paie, sauf à débattre de nouveau ses droits : et des réserves sont encore utiles dans ce cas pour repousser toute fin de non-recevoir, prise de son acquiescement. Ce n'est pas que nous admettions que, par le seul fait de ce paiement, il soit réputé avoir acquiescé; voy. *Quest.* 2744; mais de certaines circonstances peuvent surgir des difficultés (1) auxquelles il est prudent de couper court en stipulant des réserves de ce genre : elles n'empêchent point d'ailleurs le créancier de toucher le montant de la consignation, sauf restitution s'il y a lieu. Ainsi leur existence ne porte aucun obstacle à l'élargissement du débiteur.]]

2733. *Suffirait-il, pour que le débiteur obtînt son élargissement, qu'il eût offert la cession de ses biens?*

Il a été décidé, par un arrêt de la Cour de cassation du 23 fév. 1807, cité par BERRIAT SAINT-PRIX, p. 638, note 42, et par M. CHAUVEAU, *J. Av.*, t. 6, p. 600, qu'il ne suffisait pas de faire offre de cession, mais qu'il fallait que le bénéfice en eût été accordé. Et en effet, la troisième disposition de l'art. 800 porte que le débiteur obtiendra son élargissement par le bénéfice de cession : il faut donc qu'il ait été admis à jouir de ce bénéfice; et il ne l'est qu'après que les formalités prescrites par les art. 898 et suivants ont été remplies. (*Voy.* nos questions sur ces articles.)

[[C'est aussi notre avis, et celui de MM. PIGEAU, *Comment.*, t. 2, p. 485; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 382, et COIN-DELISLE, p. 66, n° 103; ces deux derniers auteurs font même observer avec raison que le bénéfice de cession n'est point réputé acquis, tant que le débiteur n'a point réitéré sa déclaration en personne, à l'audience du tribunal de commerce, ou à la maison commune de son domicile, en présence de ses créanciers (art. 901), et qu'il ne peut, par conséquent, réclamer son élargissement, jusqu'à ce que cette formalité ait été remplie : c'est encore ce qu'a jugé la Cour de Toulouse, par arrêt du 17 nov. 1808 (*J. P.*, 3e édit., t. 7, p. 209), et du 30 avril 1821 (*J. P.*, 3e édit., t. 16, p. 574).]]

2734. *Depuis la publication du Code de procédure, les septuagénaires ne peuvent-ils plus être contraints par corps à l'exécution des jugements rendus par les tribunaux de commerce?*

En d'autres termes, *la troisième disposition de l'art.* 800 *du Code de procédure déroge-t-elle à l'art.* 2070 *du Code civil, c'est-à-dire à la disposition par laquelle ce Code maintient celles du titre* 2 *de la loi du* 15 *germ. an VI, qui soumettent les septuagénaires à la contrainte par corps en matière de commerce?*

Cette question a été résolue négativement par arrêt de la Cour de cassation, rendu le 10 juin 1807 (S. t. 7, p. 315, et *J. Av.*, t. 8, p. 469), conformément aux conclusions de M. Merlin (Voy. *Nouv. Répert.*, au mot *Contrainte*, n° 20, t. 3, p. 69-73); mais cette question n'en est pas moins controversée. Depuis

(1) [*Voy.* notamment arrêt de cassation, 4 mai 1818 (*J. Av.*, t. 1, p. 200).]

cette décision, M. DELAPORTE, t. 2, p. 369, a maintenu l'opinion contraire, qui a été soutenue avec force, et par des raisons qui nous paraissent d'un grand poids, par les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 40, non-seulement dans cet ouvrage, mais surtout dans leur *Jurisprudence du Code civil.*

A la vérité, un arrêt rendu par la troisième chambre de la Cour de Bruxelles, le 7 avril 1810 (S. t. 10, p. 287, et *J. Av.*, t. 8, p. 470), a jugé conformément à la doctrine de la Cour de cassation. Mais aussi la première Chambre de la même Cour, par arrêt du 12 juillet 1811 (S., t. 12, p. 129), a rendu une décision tout à fait opposée.

Comme nous n'aurions qu'à répéter les raisons qui ont été données par les auteurs précités, en faveur de l'opinion adoptée par ce dernier arrêt, nous y renvoyons nos lecteurs, en leur recommandant toutefois la lecture des conclusions prises par M. Merlin, sur l'arrêt du 10 juin 1807 (1).

[[Nous avons déjà dit que la loi du 17 avril 1832 avait définitivement abrogé celle du 15 germ. an VI, ce qui fait disparaître la raison de décider à laquelle s'était rattachée la Cour de cassation. Néanmoins, et afin que le doute même ne fût plus possible, l'art. 6 de la nouvelle loi a consacré cette disposition (Voy. *J. Av.*, t. 42, p. 210) :

« Si l'emprisonnement est en matière commerciale, il cessera de plein droit le jour où le débiteur aura commencé sa soixante-dixième année. »

La précision de ces termes confirme, au surplus, cette remarque de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 485, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 383, que le débiteur était libre immédiatement après l'expiration de sa soixante-dix-neuvième année. (*Voy.* aussi M. SOUQUET, *Dictionn. des Temps légaux*, 68e tabl., 1re col., 4° *in fine.*)]]

2735. *Le septuagénaire est-il sujet à la contrainte par corps pour des obligations commerciales antérieures à la loi du* 9 *mars* 1793, *qui abolit cette contrainte?*

En rapportant l'arrêt de la Cour de Bruxelles du 7 avril 1810, cité sur la précédente question, M. Denevers (1811, p. 96), remarque que la Cour de Paris a décidé négativement cette question, le 16 mars 1811, attendu que l'article 9 du titre 34 de l'ordonnance de 1667, qui portait que les septuagénaires ne pourraient être emprisonnés pour dettes *purement civiles*, s'appliquait aux matières de commerce comme à celles-ci. Cette décision est conforme à ce qui se pratiquait dans l'ancienne jurisprudence, ainsi que l'atteste M. Merlin (Voy. *Nouv. Répert.*, t. 3, p. 72 et 73), parce qu'aucune des dispositions de l'ordonnance de 1673, sur la contrainte par corps en matière de commerce, ne portant qu'un débiteur, même septuagénaire, pourrait être contraint par corps, l'exception portée dans l'ordonnance de 1667 devait être sous entendue dans l'autre.

[[Cette question n'a plus aujourd'hui d'importance. *Voy.* la question précédente.]]

2736. *Quels sont, parmi les cas dans lesquels le débiteur peut être élargi, conformément à l'art.* 800, *ceux où le geôlier peut mettre de suite le débiteur en liberté?*

Cette question n'en est pas une pour le cas où le créancier donne son con-

(1) Nous avons rapporté, dans notre *Analyse*, les décisions rendues en sens contraire sur cette question, qui semble ne devoir plus en faire une depuis les trois arrêts de la Cour de cassation, des 3 fév., 15 juin 1813, et 29 mai 1815 (*V.* S. 13.1.201, et 1816, p. 373; *J. Av*, t. 8, p. 637, et *J. P.*, 3e édit., t. 11, p. 97 et 460, et t. 13, p. 32), puisqu'ils ont prononcé de la même manière que celui du 10 juin 1807.

sentement; mais, relativement au second, qui est celui de la consignation, les auteurs du *Praticien* disent que le geôlier a bien qualité pour recevoir la consignation, mais non pour consentir à l'élargissement.

M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 484 et 485, dit, au contraire, qu'un débiteur doit être élargi de suite par le geôlier, dès l'instant de la consignation faite aux termes, soit de l'art. 798, soit de l'art. 800, à défaut de quoi le président du tribunal du lieu de la détention, doit ordonner la mise en liberté ou l'élargissement du détenu sur simple requête, sans recourir à aucune procédure; car, dit cet auteur, il n'y a lieu à contestation que lorsque le geôlier refuse la consignation, ce qui forme un incident particulier sur lequel le tribunal doit prononcer. Mais lorsque la consignation a été reçue par le geôlier, son refus de mettre le débiteur en liberté n'est plus qu'une mesure de police sur laquelle le président a droit de prononcer, sans l'intervention du tribunal.

Nous croyons aussi, et telle est l'opinion que les autres commentateurs ont formellement professée ou au moins supposée (Voy. *Quest. de Lepage*, p. 533, THOMINE DESMAZURES, p. 290, et HAUTEFEUILLE, p. 438), que les consignations exigées par les art. 798 et 800 étant faites aux mains du geôlier, celui-ci n'a pas besoin, pour élargir le débiteur, d'attendre les ordres ou le consentement du créancier. En effet, les causes de la détention n'existant plus, le geôlier ne doit plus garder le débiteur sans se rendre coupable d'une détention arbitraire : il doit donc, à l'instant de la consignation, biffer l'écrou, mettre le débiteur en liberté, s'il n'est pas recommandé par d'autres créanciers, et en prévenir celui à la requête duquel l'emprisonnement a eu lieu.

On pourrait objecter que le geôlier pourrait s'exposer par là à une demande en dommages-intérêts, s'il se trouvait que la consignation fût insuffisante. Nous répondons qu'il ne peut ignorer quel doit en être le montant, puisqu'il a copie du jugement sur ses registres, et que l'huissier, ainsi que nous l'avons dit sur la *Quest.* 2661, a dû exprimer exactement dans le procès-verbal d'emprisonnement, la quotité des sommes dues.

Au surplus, il peut se mettre à l'abri, en refusant la consignation qu'il considérerait comme insuffisante; faculté que lui suppose l'art. 802, puisque cet article enseigne ce qu'il faut faire en événement d'un semblable refus.

Quant à la cession des biens, il résulte de ce que nous avons dit sur la *Quest.* 2733, que l'offre de cession ne suffit pas pour que le débiteur obtienne son élargissement; que le geôlier doit attendre que celui-ci justifie qu'il a été admis au bénéfice par consentement authentique de ses créanciers, ou par jugement rendu conformément aux art. 902 et suivants.

Mais si le débiteur allègue, pour être mis en liberté, qu'il est entré dans sa soixante-dixième année, il doit faire signifier son acte de naissance ou autre preuve de son âge aux créanciers, et si ceux-ci refusent l'élargissement, les assigner comme il est dit en l'art. 805.

Supposons ici qu'il n'existe pas de registres, soit parce qu'il n'en a pas été tenu, soit parce qu'ils auraient été brûlés ou perdus, ou qu'il y a quelque erreur de nom qui fait douter de l'identité de la personne du débiteur avec celle indiquée dans l'acte qu'il présente comme preuve de son âge : on demandera si ce débiteur ne peut être élargi qu'autant que la procédure ordinaire, prescrite par l'art. 46 du Code civil et par l'art. 855 du Code de procédure, ait été faite? Ne pourra-t-il pas au contraire y suppléer, soit par un acte passé devant notaire, dans lequel des amis et voisins attesteraient qu'il a atteint ou passé sa soixante-dixième année, soit par une semblable déclaration devant le juge de paix; en un mot, par un acte de notoriété?

Nous serions porté à croire, comme M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 486, que la faveur dûe à la liberté, et les égards que l'on doit à la vieillesse, permettent que, sur un tel acte, on accorde au débiteur son élargissement *provisoire*, à

la charge par lui de prouver ultérieurement son âge dans la forme voulue par la loi, et cela dans un délai fixé, passé lequel, faute d'avoir fourni cette preuve, il pourrait être emprisonné de nouveau. Nous ne pensons pas néanmoins que les juges soient rigoureusement tenus à agir ainsi; c'est à eux à balancer, suivant les circonstances, ce qu'exigent le sentiment d'humanité sur lequel M. Demiau-Crouzilhac a fondé son opinion, et l'intérêt bien entendu des créanciers.

M. DELVINCOURT, dans ses *Institut. commerciales*, t. 2, p. 517, décide que ce n'est que dans le cas de l art. 798 que le geôlier peut mettre le débiteur en liberté sans jugement préalable; il ajoute que, dans tous les autres cas, quelle que soit la cause de nullité alléguée par le débiteur, le geôlier n'en est pas juge et doit attendre que l'emprisonnement ait été déclaré nul par jugement.

[[Nous n'avons rien à ajouter aux diverses décisions de M. Carré, ni aux développements qu'il a crus nécessaires à ce sujet, si ce n'est qu'outre les deux cas dans lesquels le débiteur sort de prison sans qu'il soit besoin d'un nouveau jugement pour l'y autoriser, il faut, en vertu des art. 5, 7 et 39 de la loi du 17 avril 1832, ajouter celui où le débiteur obtiendrait son élargissement par l'expiration du temps, fixé par le jugement, ou déterminé par la loi, de l'exercice de la contrainte, V. *Quest.* 2737.

Quant à l'opinion de M. Delvincourt, citée en dernier lieu, elle tient à ce système de quelques auteurs, qui, ne s'étant pas rendu un compte exact de la manière dont l'art. 798 fut voté, cherchent entre cette disposition et celle de l'art. 800, § 2, des dissemblances qui n'existent pas. Il ne faut pas plus de jugement dans un cas que dans l'autre, comme M. Carré l'a suffisamment établi; et l'opinion de M. Delvincourt, isolée dans la doctrine, n'a exercé aucune influence sur la pratique des tribunaux.]]

2737. *La loi a-t-elle fixé pour terme à la durée de l'emprisonnement un certain laps de temps, à l'expiration duquel le débiteur puisse et doive être élargi?*

La loi du 15 germ. an VI avait fixé le *maximum* de la durée de l'emprisonnement à cinq années, et la Cour de Rennes faisait observer, sur le projet du Code, qui ne répétait pas cette disposition, que l'impuissance du débiteur de satisfaire à une dette pécuniaire, ne devait pas le priver pour toujours de sa liberté; qu'il était un terme au delà duquel on ne pouvait raisonnablement espérer qu'une détention excessivement prolongée forcerait un débiteur à s'acquitter d'une dette dont il n'aurait pu se libérer pendant quelques années de détention.

Mais on n'a point eu égard à cette observation, lors de la rédaction définitive du Code, et en conséquence, les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 43, et M. THOMINE DESMAZURES, p. 291, en concluent que l'on a voulu s'écarter en cela de la loi de germinal, et que l'élargissement du débiteur ne peut aujourd'hui être ordonné, quelque laps de temps qui se soit écoulé, si ce n'est lorsqu'il a commencé sa soixante-dixième année, et encore sauf le cas de *stellionat*, qui fut autrefois qualifié crime, et qui est toujours un dol inexcusable. Mais il en est autrement en matière de commerce, ainsi que le remarque M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 638, not. 46; et c'est aussi l'opinion de M. Pardessus, qui se fonde, t. 5, p. 290, sur l'indivisibilité du principe que le Code civil (art. 2070) maintient expressément la loi du 15 germinal, ainsi que l'a reconnu la Cour de cassation par les arrêts rendus contre les septuagénaires. (V. *suprà*, n° 2734.)

Il est sans doute bizarre, contraire aux principes de la matière, injuste même, que la loi civile soit plus rigoureuse que la loi commerciale, et c'est ce

qui arrive par suite de ce que ni le Code civil, ni celui de procédure, ne limitent, comme la loi de l'an VI, la durée de l'emprisonnement.

Mais, d'un autre côté, dans la rigueur des principes (*V.* notre Introduction générale), on ne peut fonder l'abrogation de la disposition expresse d'une loi spéciale sur de simples inductions tirées de la loi générale ; aussi a-t-il été jugé par plusieurs arrêts, cités par M. le comte Abrial, dans son rapport à la Chambre des Pairs sur le projet de loi relatif à la contrainte par corps en toute matière, présenté et rejeté en 1817, que la loi du 15 germinal devait continuer d'avoir son application. Les motifs et les considérations développés dans ce rapport (*V.* S. 18.2.214, et *J. P.*, 3e éd., t. 12, p. 421), dans un arrêt de la Cour de Paris du 1er oct. 1814, rapporté dans le *Journal des audiences* de la Cour de cassation, 1815, supplément, p.34, et *J. Av.*, t.8, p.555, et enfin dans un autre arrêt de la Cour de Nancy, du 31 juin 1819 (*V.* S. 19.2.258, et *J. Av.*, t. 8, p. 681), lequel décide que les étrangers, même les femmes, détenus pour dettes, ne pourraient invoquer le bénéfice de l'art. 16, tit. 3 de la loi du 15 germ. an VI, et obtenir leur liberté après cinq ans de détention, nous obligent à admettre cette distinction entre les matières civiles et les matières commerciales, et entre les Français et les étrangers, en formant des vœux pour qu'une nouvelle loi mette bientôt en harmonie les dispositions contradictoires des deux législations (1).

[[Cette loi est venue en effet ; c'est celle du 17 avril 1832, qui a tranché les difficultés, en substituant à des dispositions incomplètes et contradictoires des règles dont l'analyse doit remplacer ici des controverses désormais sans importance.

La loi de 1832 (*J. Av.*, t. 42, p. 197 et suiv.), a déterminé la durée de la contrainte par corps dans tous les cas où cette voie de coercition peut être employée et de la manière suivante :

En matière commerciale, l'emprisonnement cesse de plein droit après une année, pour une somme moindre de cinq cents francs ; après 2, 3, 4 ans, pour moins de 1,000, 3,000 et 5,000 fr. ; après 5 ans pour 5,000 fr. et au-dessus. (Art. 5.)

En matière civile, la durée de l'incarcération sera fixée par le jugement de condamnation, de un à cinq ans, lorsque la contrainte est facultative, ou s'il s'agit de l'application de l'art. 2060, Cod. civ., de 1 à 10 ans, dans tous les autres cas (art. 7), et par conséquent en matière de stellionat, comme l'enseignent MM. COIN-DELISLE, p. 117, n° 1, et CADRÈS, p. 12, note *A*, et comme l'ont jugé les Cours de Nîmes, arrêt du 1er août 1838 (DEVILL., 39.2.100, et *J. P.*, t. 1, 1839, p. 13), et de Cassation, 12 nov. 1838 (DEVILL., 39.1.147, et *J. P.*, t. 2, 1838, p. 666). — *V.* M. SOUQUET, *Dictionn. des temps légaux,* 140e tabl., 1re colonne.

La contrainte par corps, lorsqu'il s'agit de deniers et d'effets mobiliers publics, est aussi fixée par le jugement de condamnation, de un an au moins à dix ans au plus. (Art. 13.)

En matière pénale, la durée de l'emprisonnement varie de six mois à un an (art. 39), si la condamnation pécuniaire est au-dessous de 300 fr., quel qu'en soit d'ailleurs le chiffre ; et de un an à dix ans, pour celles qui s'élèvent au-dessus de cette somme. (Art. 39 et 40.)

Il importe peu du reste, dans l'un ou l'autre de ces cas, que la condamnation

---

(1) Mais, en admettant que le Code de procédure n'ait pas abrogé cette disposition, du moins n'autorise-t-elle le débiteur à demander son élargissement qu'autant qu'il a été incarcéré pour dettes contractées sous l'empire du Code de procédure ; Paris, 29 mai 1815 (S. 16.2.336 ; *J. Av.*, t. 8, p. 637, et *J. P.*, 3e édit., t. 12, p. 746).

ait été prononcée en faveur de l'Etat ou d'un particulier, comme l'a décidé la Cour de Douai, 25 août 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 619, et *J. P.*, 3e éd., t. 24, p. 1437).

Toutefois la partie condamnée pour une somme inférieure à 300 fr. pourra obtenir sa liberté en offrant caution, après débat contradictoire avec ses créanciers, si la condamnation est à leur profit, ou avec le receveur des domaines, si elle a été prononcée en faveur de l'Etat. Lorsque la partie prouve son insolvabilité, suivant le mode prescrit par l'art. 420, Cod. d'inst. crim., la durée de l'incarcération sera restreinte,

Pour 15 fr. et au-dessous, à 15 jours.
De 15 à 50 fr., idem, à un mois.
De 50 à 100 fr., idem, à deux mois.
Pour plus de 100 fr., à quatre mois (art. 35).

Sauf, s'il survenait plus tard au délinquant des moyens de solvabilité, à subir de nouveau la contrainte, mais une seule fois, et quant aux restitutions, dommages-intérêts et frais seulement. (Art. 36.) (1)

Hors des cas où la contrainte cesse de plein droit après l'expiration d'un certain temps, ce qui n'a lieu qu'en matière commerciale, le jugement qui la prononcerait sans en fixer la durée, soumettant le débiteur, pour un temps illimité, au moyen de coercition le plus rigoureux et dont la loi a déterminé elle-même les limites, devrait par cela même être annulé comme illégal et entaché d'excès de pouvoir : ce sont les termes dont se sert un arrêt de Cassation, du 14 fév. 1835 (*J. Av.*, t. 48, p. 188, et *J. P.*, 3e éd., t. 26, p. 1397).

Néanmoins, il ne faudrait pas, avec la Cour de Bourges, 1er juill. 1833 (*Gaz. des trib.* du 10 juill.), tirer de là cette conséquence que le débiteur est en droit de se refuser à l'exercice de la contrainte : il suffit que cette peine soit prononcée dans un jugement d'ailleurs régulier et émanant de l'autorité compétente, pour que le débiteur soit tenu d'obéir, sauf à user des voies de recours qui lui sont ouvertes par la loi.

Mais il suit de ce principe que c'est par voie d'appel ou de cassation que le détenu doit se pourvoir contre le jugement ou l'arrêt portant contrainte sans en déterminer la durée, et c'est ce qu'a décidé la Cour de cassation, le 25 fév. 1835 (DEVILL., 1835.1.571), et le 12 nov. 1838 (DEVILL., 1839.1.147).

C'est donc à tort que la même Cour, 14 mai 1836, et celle d'Aix, 30 mars 1838 (DEVILL., 36.1.784 et 38.2.418, et *J. P.*, 3e éd., t. 27, p. 189, et t. 2, 1838, p. 571), ont admis que la partie condamnée pouvait dans ce cas revenir devant le tribunal ou la Cour dont émane la décision, et leur demander d'y ajouter la fixation qu'elle ne contient pas.

Comment, en effet, justifier une pareille marche ? dirait-on qu'il est permis aux juges d'interpréter leur sentence ? Mais les circonstances ont changé, la position des parties n'est plus entière; pourra-t-on déterminer sous l'influence de quels faits la première décision a été rendue? il faudra plaider, débattre de nouveau les droits, les intérêts respectifs. Les juges ne seront plus les mêmes; et si c'est, par exemple, une Cour d'assises qui a prononcé la contrainte, comment, après plusieurs années, apprécier, comprendre ses motifs de décider? Evidemment ce n'est plus là une interprétation, mais une révision, c'est-à-dire

---

(1) [Art. 27. «Le débiteur qui aura obtenu son élargissement de plein droit après l'expiration des délais fixés par les art. 5, 7, 13 et 17 de la présente loi ne pourra plus être détenu ou arrêté pour dettes contractées antérieurement à son arrestation, et échues au moment de son élargissement, à moins que ces dettes n'entraînent par leur nature et leur quotité une contrainte plus longue que celle qu'il aura subie, et qui, dans ce dernier cas, lui sera toujours comptée pour la durée de la nouvelle incarcération.»]

une illégalité plus grande encore que celle dont se plaint la partie condamnée.

Est-ce, non plus comme *interprétation*, mais comme *complément* du jugement ou de l'arrêt que l'on admettra la fixation après coup? Ce point de vue ne nous paraît pas plus exact que l'autre; rien en effet ne manque au jugement pour qu'il produise ses effets : la contrainte est prononcée, elle s'exerce, et elle durera jusqu'à ce que le débiteur ait atteint sa soixante-dixième année, c'est-à-dire d'une manière illimitée, comme sous l'empire du Code civil, et nonobstant les dispositions de la loi de 1832. Cela est exorbitant, illégal; c'est un excès de pouvoir, pour employer les termes dont se sert la Cour de cassation, ce n'est pas incomplet : la voie légale est donc le recours en cassation, comme nous le disions tout à l'heure, et non le retour devant des juges qui ne sont plus les maîtres de leur décision, qui n'ont pas le droit d'y signaler et d'y corriger de prétendues erreurs, ce qui serait le renversement de toutes les règles en matière de chose jugée. Tel est au surplus l'avis de M. CADRÈS, p. 13, et les Cours de Paris, 9 juin 1836, et de Nîmes, 1er août 1838 (DEVILL., 1836.2.330 et 1839.2.100), ont adopté les mêmes principes.

Mais que faudra-t-il décider si le débiteur a laissé expirer, sans réclamation, les délais de l'appel et du pourvoi; si le jugement de condamnation est passé en force de chose jugée? Ici la difficulté devient véritablement sérieuse.

On a prétendu, devant les tribunaux, que le but du jugement étant de retenir le débiteur en prison pour un temps illimité, l'effet de la force de chose jugée est de l'obliger à subir toute sa peine. Cette doctrine, il faut en convenir, est peut-être la plus logique; mais c'est bien ici le cas de dire : *summum jus summa injuria.*

Il faut d'ailleurs remarquer que ce n'est que par une présomption que l'on induit la volonté des juges de prononcer la contrainte illimitée, qu'il y a d'autres manières d'expliquer leur silence, et qu'il serait par trop rigoureux, sur une conjecture, de retenir un débiteur en prison, pour toute la vie peut-être, (car l'arrivée même de la soixante-dixième année ne dégage pas le stellionataire), et cela contre la volonté formelle de la loi aussi bien que contre les plus simples inspirations de l'humanité.

Nous savons tout ce qu'on doit de respect à l'autorité de la chose jugée; nous avons reconnu, sous la *Quest.* 2713, que le détenu qui n'avait pas demandé à temps la nullité de son emprisonnement devait le subir tout entier : mais de là au cas actuel il y a bien loin. Comment admettre qu'une peine corporelle se perpétue au delà du temps fixé par la loi pour sa durée? qu'il dépende d'une juridiction de la proroger indéfiniment, et sans même qu'il soit certain qu'elle l'a voulu ainsi? La logique poussée à ce point serait une véritable absurdité, que nulle Cour ne sanctionnera jamais.

Quelle sera donc la durée de la détention? Les arrêts de Nîmes et de Paris précités ont décidé que c'était le *minimum* du temps fixé par la loi, le motif pris de ce que le jugement est censé avoir voulu que la contrainte s'exerçât seulement pendant le cours de la période sur laquelle il est interdit aux tribunaux de rien retrancher. Cette présomption est loin d'être la plus naturelle; mais comme il est impossible de se rendre positivement compte de la volonté des juges, nous pensons aussi qu'il faut l'adopter, comme plus favorable à la liberté. Il ne serait pas exact de prétendre que, puisque la contrainte illimitée est l'effet naturel du jugement, et l'expression la plus probable de l'intention de ceux qui l'ont rendu, le *maximum* de la peine étant le terme qui s'en rapproche le plus, doit être adopté de préférence; car, en admettant que les magistrats eussent voulu retenir le débiteur en prison jusqu'à la soixante-dixième année, la conséquence serait vicieuse en ce qu'elle suppose ce qu'ils auraient fait dans une hypothèse toute différente, supposition qui n'est pas mieux fondée que celle sur laquelle repose l'établissement du *minimum*.

Ainsi, après l'expiration de ce dernier terme, le détenu, en quelque matière que ce soit, pourra demander son élargissement, lorsque la durée de la contrainte n'aura pas été fixée par le jugement qui la prononce. Il résulte, il est vrai, de là cette conséquence assez étrange que, privé de toute voie de recours, sa position se trouvera presque toujours beaucoup plus avantageuse que s'il en avait usé en temps convenable et s'il avait fait déterminer la durée de la peine, qui aurait généralement dépassé le *minimum*. Mais le créancier doit s'imputer la faute de n'avoir pas obtenu une fixation de délai, ainsi que l'exigeait la loi.

En ce qui concerne la durée de l'emprisonnement des étrangers, voy. la *Quest.* 2623.]]

2738. *L'insolvabilité prouvée peut-elle être une cause de mise en liberté du débiteur ?*

Oui, d'après l'art. 53, Cod. pén., lorsque la contrainte par corps a été exercée pour amendes et frais prononcés au profit de l'Etat : d'où il suit, attendu que le Code de procédure civile ne contient aucune disposition semblable relativement à l'exécution des condamnations rendues en matière purement civile ou commerciale, que l'insolvabilité ne peut jamais être, dans ces matières, une cause d'élargissement, pas même dans le cas où un tribunal criminel aurait prononcé des dommages-intérêts au profit d'une partie civile.

[[Comme on l'a vu sous la question précédente, l'insolvabilité prouvée n'est une cause de mise en liberté qu'en matière pénale, lorsque la condamnation pécuniaire est inférieure à 300 fr. (art. 40, loi du 17 avril 1832), et il importe peu d'ailleurs qu'elle ait été prononcée au profit de l'Etat, comme le dit M. Carré, ou au profit des simples particuliers, par exemple, à titre de dommages-intérêts, à l'égard de la partie civile (art. 39 même loi). Quant à la solution même de la question, elle nous paraît incontestable.]]

[[**2738** bis. *Les cas énumérés dans l'art.* 800 *sont-ils les seuls à raison desquels le débiteur puisse obtenir sa mise en liberté ?*

1° Tous les moyens d'éteindre une obligation que la loi assimile au paiement doivent produire le même effet, en ce qui concerne l'élargissement du débiteur; telles sont la compensation (art. 1289, Cod. civ.), et la confusion (art. 1300, Cod. civ.).

La Cour de Paris, 3 oct. 1827 (*Gazette des Tribunaux*, 5 oct., même année), a jugé, en conformité de ce principe, que le débiteur qui a déféré le serment à son créancier sur le point de savoir si celui-ci est ou non désintéressé, doit, en cas de refus d'affirmation, obtenir sa liberté.

2° La remise de la dette par le créancier (art. 1282, Cod. civ.); l'acceptation d'un nouveau débiteur, dans le cas de l'art. 1271, § 2; la novation en une autre dette qui est substituée à l'ancienne (art. 1271, § 1), ne sont que des formes du consentement, qui produisent toutes l'effet réglé par l'art. 800, § 1er.

3° Quand, postérieurement à l'incarcération, le débiteur devient allié de l'incarcérant à l'un des degrés auxquels l'exercice de la contrainte est interdit, les motifs de cette prohibition exigent avec la même puissance que l'élargissement soit prononcé (Argument de l'art. 19 de la loi du 17 avril 1832 ; *J. Av.*, t. 42, p. 207).

4° Enfin, l'expiration du temps fixé pour la contrainte, et, en matière criminelle ou correctionnelle, l'insolvabilité constatée du débiteur ou la prestation de caution autorisent, en certains cas, la mise en liberté, ainsi que nous l'avons dit sur les *Quest.* 2737 et 2738, aux développements desquelles il suffit ici de renvoyer.]]

2739. *Les tribunaux peuvent-ils ordonner l'exécution provisoire, nonobstant appel ou opposition, d'un jugement qui annulerait un emprisonnement, ou qui prononcerait l'élargissement d'un débiteur?*

L'affirmative semblerait résulter implicitement de la disposition de l'art. 787, d'après laquelle l'ordonnance du président devant lequel le débiteur demanderait à être conduit doit être exécutée sur-le-champ, soit qu'il ordonne, soit qu'il défende de passer outre à l'emprisonnement. En effet, il paraîtrait qu'il y aurait plus de raison pour décider de la sorte, dans le cas du jugement qui annulle l'emprisonnement ou qui prononce la mise en liberté, puisque ce jugement est l'ouvrage de plusieurs magistrats, et le résultat d'un débat contradictoire qui a dû les éclairer davantage.

Quoi qu'il en soit, nous pensons que, si l'on considère, d'un côté, le silence que le législateur a gardé à ce sujet, quoiqu'il ait cru nécessaire de s'expliquer relativement aux ordonnances de référé, de l'autre, la précision avec laquelle il a déterminé, dans l'art. 135, les divers cas dans lesquels les juges doivent prononcer l'exécution provisoire de leurs jugements, il paraît certain que cette exécution ne peut être ordonnée par un jugement de mise en liberté, *même avec caution;* ce qui est contraire à l'opinion de M. Demiau-Crouzilhac, p. 486, qui, d'ailleurs, est de notre avis relativement à l'exécution provisoire sans caution. Mais nous ferons observer que les motifs qu'il donne en faveur de son opinion sur ce dernier point sont les mêmes que ceux qui précèdent : or, il est évident que l'on ne peut faire de distinction d'après ces motifs, puisque l'article 135 offre le détail des circonstances dans lesquelles l'exécution provisoire peut être ordonnée *avec* ou *sans caution;* que les jugements dont nous venons de parler ne sont point mentionnés dans cet article; d'où il suit évidemment qu'on ne peut les déclarer provisoirement exécutoires, soit avec caution, soit sans caution (1).

[[La Cour de Nîmes, le 3 fév. 1808 (*J. Av.*, t. 8, p. 660), et le 1er août 1838 (Devill., 39.2.100; *J.P.*, 3e éd., t.1er de 1839, p.13), a paru admettre le système contraire, soutenu d'ailleurs par M. Thomine Desmazures, t. 2, p. 389. Cet auteur se fonde sur la disposition de l'art. 155, qui, selon lui, permet au tribunal, dans les cas d'urgence, d'ordonner l'exécution provisoire de son jugement. Si cela était vrai, l'élargissement du débiteur ne souffrirait aucune difficulté, car c'est une mesure urgente, comme nous l'avons déjà dit bien des fois; mais l'art. 155, qui se trouve au titre des Jugements par défaut, statue précisément dans une des espèces prévues par l'art. 135, c'est-à-dire pour le cas où une pension ou provision alimentaire aurait été accordée, et où elle serait réclamée contre une partie défaillante. Il suffit de lire avec attention cet art. 155, pour voir qu'il n'a pas entendu créer une classe de faits, à raison desquels l'exécution provisoire pourrait être poursuivie indépendamment des prévisions de l'art. 135. C'est donc à cette dernière disposition qu'il faut uniquement s'en référer, et son silence, dans la question actuelle, justifie assez la solution de M. Carré, adoptée au surplus par les Cours de Paris, 14 sept. 1808 (*J. Av.*, t. 8, p. 544; *J. P.*, 3e édit., t. 7, p. 148); d'Amiens, 22 nov. 1821 (*Journ.* de cette Cour, t. 1, p. 360), et de Nancy, 21 nov. 1831 (*J. Av.*, t. 44, p. 47), et enseignée par MM. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 482, et Coin-Delisle, p. 62, n° 89.]]

---

(1) Au surplus, la solution que nous venons de donner de la question ci-dessus posée est conforme à un arrêt de la Cour de Paris du 9 janvier 1808. (*Voy.* Sirey pour 1810, et *J. Av.*, t. 8, p. 545.)

Art. 801. Le consentement à la sortie du débiteur pourra être donné, soit devant notaire, soit sur le registre d'écrou.

[Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 280, n° 57.] — Ordonn. de 1670, tit. 13, art. 31. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Contrainte par corps*, n°s 399 et 400. — Arm. Dalloz, *cod. verb.*, n°s 746 à 748. — Locré, t. 22, p. 499, n° 117.

Questions traitées : Le consentement peut-il être donné autrement que par acte authentique ou sur le registre d'écrou ? *Q.* 2740. — Le créancier, en consentant à la sortie du débiteur, peut-il se réserver le droit de le réincarcérer, en cas de non paiement ? *Q.* 2740 *bis*.]

2740. *Le consentement peut-il être donné autrement que par acte authentique ou sur le registre d'écrou ?*

Le législateur s'étant servi dans l'art. 801 du mot *pourra*, il ne résulte pas, disent les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 36, aux notes, de ce qu'il ne parle que d'un acte authentique ou de la consignation du consentement sur le registre d'écrou, une interdiction de tous les autres moyens : il serait donc valablement donné devant le juge ou au tribunal de paix, ou de toute autre manière, pourvu qu'il fût suffisamment constaté.

Nous pensons aussi que le consentement donné en justice, serait valable, puisque l'acte qui le contiendrait serait authentique. Il en serait de même s'il était donné et souscrit à la suite d'une sommation faite aux créanciers par un huissier ; mais sans doute le concierge ne serait pas tenu d'élargir le débiteur sur un consentement donné sous signature privée.

On remarquera qu'un procurateur muni d'un pouvoir spécial ou authentique pourrait, comme le dit M. Thomine Desmazures, p. 290, consigner sur le registre d'écrou le consentement du créancier à la mise en liberté. Mais en ce cas le geôlier a droit d'exiger que le pouvoir demeure annexé à son registre, de même qu'il le peut pour le consentement donné directement par acte authentique.

[[Bien que les principes sur lesquels s'appuie M. Carré ne paraissent pas susceptibles de difficultés sérieuses, comme il s'agit moins ici des règles qui concernent la preuve des obligations que de la responsabilité du geôlier qui doit être mise à couvert, il sera toujours plus prudent d'assurer à ce dernier les garanties prescrites par l'art. 801, pour ne pas s'exposer à une résistance d'où résulteraient pour le détenu des retards préjudiciables, et par suite, peut-être, contre le créancier, une action reconventionnelle en dommages-intérêts. Aux droits que M. Carré reconnaît, avec raison, appartenir au geôlier, il faut ajouter que celui-ci peut exiger, lorsque le créancier se présente en personne pour donner son consentement, qu'il soit accompagné d'un huissier ou porteur de pièces qui constate son identité.

Au surplus, le consentement régulièrement émis est un contrat qui lie irrévocablement celui qui l'a donné, dès l'acceptation du débiteur. C'est la juste observation de M. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 486, et, comme le dit M. Coin-Delisle, p. 65, n° 97, il importe peu qu'il ait été donné par acte authentique ou sous seing privé, pourvu qu'il soit en forme probante.

C'est par rapport au geôlier seulement que l'observation des règles de l'article 801 est indispensable.]]

[[**2740** bis. *Le créancier, en consentant à la sortie du débiteur, peut-il se réserver le droit de le réincarcérer en cas de non-paiement ?*

Si les deux parties sanctionnaient cette convention de leur mutuel accord, nous ne voyons pas ce qui s'opposerait à sa validité. La réserve que fait le

créancier d'un droit qui lui est garanti par la loi et auquel il renonce temporairement pour des motifs qui ne sont pas répréhensibles, obtiendrait donc tout son effet dans ce cas, comme l'a jugé le tribunal de la Seine, le 1er déc. 1841 (*J. Av.*, t. 61, p. 724). Nous ne pensons pas qu'il dût en être autrement dans celui où une convention formelle ne serait pas produite. L'acceptation des conditions que met le créancier à la liberté du débiteur résulte implicitement de la sortie de ce dernier.

Cependant la Cour de Paris, le 6 juill. 1826 (*J. Av.*, t. 33, p. 295), a semblé admettre une opinion contraire; mais c'est dans une espèce où il résultait des circonstances que le détenu n'avait pas connu la condition mise à son élargissement. Il n'y avait plus par conséquent accord mutuel, et le débiteur était en droit de se plaindre que l'avantage qui lui était fait cachât un piége d'autant plus dangereux que sa sécurité était plus grande.

Le consentement du créancier devrait donc, en ce cas, être réputé pur et simple; et c'est en ce sens que l'arrêt précité de Paris nous paraît bien rendu.]]

ART. 802. La consignation de la dette sera faite entre les mains du geôlier, sans qu'il soit besoin de la faire ordonner; si le geôlier refuse, il sera assigné à bref délai devant le tribunal du lieu, en vertu de permission: l'assignation sera donnée par huissier commis.

Tarif, 77.— [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 280, nos 58 à 61.] — Ordonn. de 1670, tit. 13, art. 32 et 33. — Cod. proc. civ., art. 554, 798, 800, 805. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Contrainte par corps*, n° 401. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 759 à 761. — Locré, t. 22, p. 328, n° 24.

QUESTIONS TRAITÉES : La consignation de la dette doit-elle être précédée d'offres réelles? *Q*. 2741.— Le créancier doit-il être mis en cause sur l'assignation donnée au geôlier qui aurait refusé la consignation? *Q*. 2742. — Qu'est-ce que le geôlier doit faire de la somme qu'il a reçue du débiteur? *Q*. 2743. — Cette consignation peut-elle être opposée au débiteur comme un aveu de la dette? *Q*. 2744 (1).]

2741. *La consignation de la dette doit-elle être précédée d'offres réelles?*

Selon M. Delaporte, elle doit être précédée de semblables offres, faites au domicile élu. Ce commentateur est le seul qui ait émis cette opinion, que nous ne croyons pas devoir adopter, parce que la consignation qui doit être précédée d'offres est celle qui a pour objet la libération du débiteur (*Voy.* Code civ., art. 1257 et suiv.), et dont le Code de procédure trace les formalités au titre 1er, liv. 1er de la 2e part. La consignation dont il s'agit aux art. 800 et 802 n'a au contraire pour objet que l'élargissement du débiteur, et elle est soumise aux formalités prescrites par l'art. 802.

On sent d'ailleurs que s'il fallait que des offres réelles précédassent cette consignation, il eût été fort inutile d'autoriser le débiteur à la faire entre les mains du geôlier : d'ailleurs, si ces offres n'étaient pas acceptées, il faudrait les faire juger valables avant d'être admis à consigner, et l'élargissement serait retardé contre le vœu de la loi, qui n'a permis de consigner entre les mains du geôlier qu'afin d'en hâter l'exécution.

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

La somme consignée par un débiteur emprisonné, entre les mains du geôlier, pour son élargissement, est la propriété de la masse des créanciers, et non de celui à la requête de qui avait été exercée la contrainte par corps, lorsque, postérieurement à l'élargissement, l'ouverture de la faillite du débiteur a été fixée à une époque antérieure à la consignation. Caen, 13 juill. 1827 (*J. P.*, 3e édit., t. 21, p. 650). *Voy.* nos *Quest.* 2722 et 2743.]

[[Cette décision nous paraît bien fondée ; elle est admise par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 679, et COIN-DELISLE, p. 65, n° 100.]]

2742. *Le créancier doit-il être mis en cause sur l'assignation donnée au geôlier qui aurait refusé la consignation ?*

La loi ne l'exige pas: mais comme le geôlier ne peut guère avoir d'autres motifs de refuser que la crainte de s'exposer à une action de la part du créancier (Voy. *Quest.* 2736), en cas que la consignation ne soit pas suffisante, le juge à qui le débiteur présente requête (*Voy.* Tarif, art. 77), pour avoir permission d'assigner le geôlier à bref délai, ferait bien d'ordonner en même temps la mise en cause du créancier.

En cela, il ne ferait que favoriser le débiteur, puisqu'il hâterait cette mise en cause, que l'on ne pourrait pas, dans notre opinion, refuser au geôlier, s'il concluait sous le cours de l'instance. (*Voy.* BERRIAT SAINT-PRIX, p. 639, not. 51.)

[[Nous ne voyons pas ce que le geôlier aurait à craindre, lorsqu'il serait déchargé de sa responsabilité par le jugement ordonnant la mise en liberté du débiteur : la marche enseignée par M. Carré est sans doute plus sage, mais elle n'est pas indispensable, et loin de la prescrire, l'art. 802, en permettant d'assigner à bref délai, semble mettre le créancier hors de cause. Tel est au surplus l'avis de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 679. Nous reconnaissons néanmoins qu'il est des cas où le juge, pour éviter toute difficulté ultérieure, ferait bien d'ordonner la mesure que lui conseille M. Carré; mais ce serait dans l'intérêt du débiteur seulement, non du geôlier; MM. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 386, et COIN-DELISLE, p. 65, n° 100, professent la même opinion. M. PIGEAU, *Comment.*, t. 2, p. 488, ajoute avec raison que le créancier mis en cause ne pourrait demander le renvoi devant le tribunal du lieu d'exécution, sous prétexte que, s'agissant du fond, il faut appliquer l'art. 794 : l'art. 802 est formel sur ce point, et l'art. 794 ne statue qu'en matière de nullité d'emprisonnement.]]

2743. *Qu'est-ce que le geôlier doit faire de la somme qu'il a reçue du débiteur ?*

Comme le geôlier ne reçoit point cette somme en qualité de fondé de pouvoir du créancier qui a exercé la contrainte, nous pensons (*Voy.* aussi PARDESSUS, t. 5, p. 289) qu'il ne peut se permettre de la lui verser sans le consentement du débiteur, ou sans un jugement qui l'ordonne.

Il doit donc la déposer dans la caisse des consignations.

[[Nous avons reconnu sous la *Quest.* 2722 que la somme consignée entre les mains du geôlier devenait dès ce moment la propriété du créancier, sans aucune distinction entre le cas de l'art. 798 et celui de l'art. 800. Si donc la somme ne peut être remise qu'à lui, il est évident que le refus du geôlier d'en opérer le versement entre ses mains, et le dépôt à la caisse des consignations ne serviraient qu'à occasionner des frais inutiles et des retards.

Nous savons qu'il est des cas où il est permis au débiteur qui paie de faire des réserves, soit qu'il veuille attaquer le jugement qui le condamne, soit qu'il se propose de demander des dommages-intérêts, à raison de l'inobservation des formes prescrites pour la validité de l'emprisonnement. M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 488, se demande si, dans ce cas, il peut, en consignant, former opposition aux mains du geôlier; cette difficulté, que M. Pigeau s'est faite, parce qu'il admet ailleurs que la consignation, dans le cas de l'art. 798, n'est qu'une sorte de dépôt, que le succès de son action force le geôlier à lui restituer, n'en est

pas une pour nous, qui ne voyons dans la consignation qu'un paiement, lequel ne peut produire qu'une action en répétition, s'il y a lieu, c'est-à-dire si les juges d'appel déclarent que la dette n'existait pas. Cette observation nous dispense de l'examen des distinctions dans lesquelles est entré M. Pigeau, pour résoudre la question qu'il s'est proposée.

Nous ferons remarquer que, sous la *Quest.* 2724, M. Carré paraît résoudre la difficulté dans un sens contraire à celui qu'il enseigne ici.]]

2744. *Cette consignation peut-elle être opposée au débiteur comme un aveu de la dette?*

Non, et telle est encore l'opinion de M. Pardessus, conforme à un arrêt de la Cour de cassation du 4 mai 1818, rapporté *J. Av.*, t. 8, p. 200 et *J. P.*, 3e éd., t. 14, p. 787. En effet, la consignation n'est que l'accomplissement d'une condition imposée au débiteur incarcéré pour obtenir sa liberté; c'est là seulement ce qu'il a en vue, et non pas de satisfaire le créancier par un paiement. Il peut donc ultérieurement contester la dette, si elle en est susceptible, sans qu'on puisse l'y déclarer non recevable.

[[Cette solution est exacte, puisque la consignation est, en ce cas, un paiement forcé: *V.* du reste nos *Quest.* 2722 et 2732, ainsi que nos observations sur la question précédente.]]

ART. 803. L'élargissement, faute de consignation d'aliments, sera ordonné sur le certificat de non-consignation, délivré par le geôlier, et annexé à la requête présentée au président du tribunal, sans sommation préalable.

Si cependant le créancier en retard de consigner les aliments fait la consignation avant que le débiteur ait formé sa demande en élargissement, cette demande ne sera plus recevable.

Tarif 77. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 281, nos 62 et suiv.] — Ordonn. de 1670, art. 24, tit. 13. — Déclarat. du 10 janv. 1680, art. 5. — Loi du 15 germ. an VI, art. 14. — Cod. proc. civ., art. 800, 804. — [Loi du 17 avril 1832, art. 30. — Notre Dict. gén. de proc., vo *Contrainte par corps*, nos 337 à 345. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 673 à 682. — Locré, t. 22, p. 329, no 25.
QUESTIONS TRAITÉES : L'élargissement, faute de consignation d'aliments, doit-il être prononcé sur-le-champ par le président, sans qu'il soit besoin de citation préalable au créancier? *Q.* 2745. — Quelle est la date de la demande en élargissement, et que doit-on décider, si la demande en consignation étant du même jour, rien n'indiquait quelle est la première en date? *Q.* 2746. — Les créanciers recommandants ont-ils une action en dommages-intérêts contre le créancier qui, le premier, a fait exécuter la contrainte, la mise en liberté ordonnée pour défaut d'aliments devant être exécutée nonobstant leurs recommandations? *Q.* 2747. — L'art. 30 de la loi du 17 avril 1832, en disposant que la requête du débiteur sera signée par le gardien de la maison d'arrêt où il est détenu, a-t-il entendu rendre inutile le certificat de non-consignation prescrit par l'art. 803? *Q.* 2747 *bis*]

DXXIV. On a vu ci-dessus, art. 789, que, pour la validité de l'emprisonnement, le créancier devait consigner entre les mains du geôlier la somme destinée au paiement des aliments pendant une période de trente jours au moins, et qu'avant que la deuxième période soit commencée, il faut que cette consignation soit renouvelée pour la suivante; qu'enfin, faute d'avoir rempli cette obligation, le débiteur doit obtenir sa liberté. L'art. 803 prescrit le mode d'exécution de cette dernière disposition, et en conséquence de celles qu'il renferme le geôlier délivre un certificat qui atteste que la consignation n'a été effectuée ni par celui qui a fait emprisonner le débiteur, ni par aucun des recommandants, s'il en existe: ce certificat est annexé à une requête présentée, au nom du débiteur, au président du tribunal civil *dans le ressort duquel est la maison*

d'arrêt. Au bas de cette requête, et sans qu'il soit besoin de sommation préalable au créancier de consentir à l'élargissement, le président l'ordonne ; et cette ordonnance, représentée au geôlier et mentionnée sur son registre, autorise celui-ci à mettre le débiteur en liberté.

Aussitôt que la requête est présentée, le créancier en retard consignerait inutilement les aliments de la période commencée. La liberté étant acquise de plein droit au débiteur par le défaut de consignation en temps utile, le président ne pourrait se refuser à délivrer l'ordonnance de mise en liberté, qui n'est qu'une déclaration de ce droit, en vertu de laquelle le geôlier doit ouvrir les portes au détenu. [[C'est aussi dès ce moment que MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 640, not. 52 ; COIN-DELISLE, p. 110, n° 2, et FOELIX, p. 62, considèrent le créancier comme non recevable à retenir le débiteur en prison par la consignation d'aliments. C'est du reste ce qu'ont jugé les Cours de cassation, 27 août 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 289) ; de Douai, 1er sept. 1824 (*J. Av.*, t. 29, p. 143) ; de Rouen, 7 avril 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 129) ; de Nancy, 18 mai 1829 (*J. Av.*, t. 36, p. 345, et *J. P.*, 3e éd., t. 22, p. 1031, et de Paris, 18 juin 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 473).]]

Mais si, dans l'intervalle de l'obtention du certificat du geôlier à la présentation de la requête en élargissement, le créancier en retard fait la consignation, la demande contenue en cette requête serait rejetée, parce que le débiteur serait censé avoir renoncé, par son silence, au droit que lui donnait la loi. Arrêt de Cassation du 27 août 1821, précité (*J. P.*, 3e éd., t. 16, p. 879).

[[C'est encore, et avec raison, l'avis de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 679, et COIN-DELISLE, p. 110, n° 2.]]

Si donc, depuis cette consignation, le président, dans l'ignorance qu'elle ait eu lieu, avait ordonné l'élargissement, la demande qui en aurait été faite serait considérée comme non avenue, ainsi que l'ordonnance qui l'aurait accordée, sauf au créancier à payer les frais occasionnés par son retard. Si donc le débiteur persistait à vouloir faire exécuter cette ordonnance, le créancier pourrait se pourvoir en référé, et le président maintiendrait l'emprisonnement. (*V.* PIGEAU, t. 2, p. 5, tit. 4, ch. 1er, sect. 4, div. 5.) (1)

[[La loi du 17 avril 1832 est venue ajouter quelques dispositions à la procédure ci-dessus expliquée. L'art. 30 (*J. Av.*, t. 42, p. 214) exige que la requête présentée par le débiteur soit signée de lui et du geôlier, ou simplement certifiée véritable par ce dernier, si le détenu ne sait pas écrire.

La requête, ainsi que l'ordonnance d'élargissement, doivent, d'après le même article, être faites par duplicata, afin qu'une minute soit déposée au greffe du tribunal, où elle sera enregistrée *gratis*. La seconde minute de l'ordonnance demeurera dans les mains du geôlier.

Il n'est rien changé d'ailleurs à la disposition du second alinéa de l'art. 803.]]

2745. *L'élargissement, faute de consignation d'aliments, doit-il être prononcé sur-le-champ par le président, sans qu'il soit besoin de citation préalable au créancier ?*

La Cour de Trèves faisait cette question sur l'art. 816 du projet ; mais les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 43, pensent que l'art. 803, disant que l'élargissement, faute de consignation d'aliments, sera ordonné *sur le certificat de non-consignation délivré par le geôlier, et sans sommation préalable*, il n'y a pas besoin de citation, et qu'il suffit de l'exhibition de ce certificat pour que le pré-

---

(1) Ce commentaire remplace la 2526e *Quest.* de notre *Analyse.*

sident soit tenu de prononcer l'élargissement, à moins toutefois que l'acte ne soit argué de faux. (*V.* aussi THOMINE DESMAZURES, p. 291, et BERRIAT SAINT-PRIX, p. 639, not. 50, et p. 640, not. 53.)

M. HAUTEFEUILLE, p. 439, et M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 485, sont d'un avis contraire; mais nous croyons que le texte seul de l'art. 803 suffit pour justifier celui des auteurs du *Praticien*, qui d'ailleurs est conforme à ce qui se pratiquait autrefois, et au sentiment de M. PIGEAU, t. 2, p. 5, tit. 4, ch. 1, sect. 4, div. 5.

[[En conformité de ces principes, dont l'exactitude ne peut être aujourd'hui contestée en présence de l'art. 30 de la loi du 17 avril 1832 (*J. Av.*, t. 42, p. 114), la Cour de Nancy, le 18 mai 1829 (*J. Av.*, t. 36, p. 45, et *J. P.*, 3e éd., t. 22, p. 1031), a reconnu que le président n'avait même pas besoin de renvoyer les parties à l'audience, d'où il suit que la consignation effectuée avant qu'elles y eussent comparu ne produirait aucun effet.]]

2746. *Quelle est la date de la demande en élargissement, et que doit-on décider si la demande et la consignation étant du même jour, rien n'indiquait quelle est la première en date?*

Les requêtes n'ayant de date que par l'ordonnance, dit M. PIGEAU, t. 2, p. 5, tit. 4, ch. 1, sect. 4, div. 5, c'est celle de l'ordonnance qui fait celle de la demande, à moins que le juge, ne pouvant délivrer cette ordonnance lors de la présentation de la requête, n'ait constaté *le jour et* L'HEURE de la présentation.

Si la présentation de la requête et la consignation sont du même jour, et que rien n'indique quelle est la première en date, l'élargissement ne peut avoir lieu, parce que le débiteur qui a présenté la requête étant demandeur, et tout demandeur devant prouver, c'est à lui de justifier que sa demande est antérieure à la consignation.

Il suit de là qu'il est très important de mentionner l'heure, soit dans l'acte de consignation, soit dans la requête, soit dans l'ordonnance.

[[M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1er, p. 679, admet aussi que, faute par le détenu de justifier de l'antériorité de sa demande, son élargissement ne peut avoir lieu: nous avons bien des fois combattu des opinions qui, par intérêt pour le débiteur incarcéré, nous ont paru blesser l'esprit de la loi; mais, dans cette circonstance, il nous semble que la sévérité inaccoutumée de ces auteurs ne s'appuie pas sur des raisons bien décisives. Lorsque la présentation de la requête et la consignation des aliments ont eu lieu le même jour, sans constatation de l'heure, il y a véritablement doute, et le doute est favorable à la liberté. Il faut d'ailleurs remarquer que ce défaut de constatation ne saurait être imputé à faute au réclamant puisque la mention de l'heure dépend, dans la requête, du président qui rend l'ordonnance, dans la consignation, du créancier qui, suivant la juste observation de M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 387, n'a pas dû omettre cette formalité, en présence de la disposition de l'art. 803, 2e alinéa. Ce n'est donc pas ici le lieu d'appliquer les règles en matière de preuve, d'autant mieux qu'en ce qui concerne la nullité de l'élargissement réclamé par la partie incarcérée, c'est le créancier qui est, à vrai dire, le demandeur.

C'est du reste ce qu'a jugé la Cour de Toulouse, 15 mars 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 307, et *J. P.*, t. 21, p. 1293), dans une espèce où l'heure de la demande en élargissement était seule certaine. C'est aussi l'opinion de M. SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, 141e tabl., 5e col., n° 55.

On peut encore consulter notre *Quest.* 1447, t. 3, p. 438.]]

2747. *Les créanciers recommandants ont-ils une action en dommages-intérêts contre le créancier qui, le premier, a fait exécuter la contrainte, la mise en liberté ordonnée pour défaut d'aliments devant être exécutée nonobstant leurs recommandations?*

Certains tribunaux, dit M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 486, ont décidé cette question pour l'affirmative; d'autres ont rejeté la demande, et ils avaient raison.

Il n'y a, en effet, ajoute cet auteur, ni dans le Code civil, ni dans celui de procédure, aucun article qui oblige le créancier incarcérant à faire la consignation dans tout autre intérêt que le sien propre : toutes les obligations qui lui sont imposées n'ont rien de commun avec l'intérêt des tiers; il n'y a, à l'égard de ceux-ci, que la prohibition de retirer une consignation faite pour éviter toute surprise et tout concert frauduleux qu'on pourrait pratiquer pour tromper leur vigilance : à cela près, le créancier qui a fait l'incarcération peut l'abandonner, s'en désister, barrer l'écrou, accorder la liberté à son débiteur, sans s'occuper des recommandants.

Or, s'il peut renoncer à l'emprisonnement par un acte exprès, il peut aussi le faire tacitement, en cessant de consigner.

On pourrait opposer contre cette opinion que la seconde disposition de l'article 793, en donnant au créancier qui a fait emprisonner une action contre le recommandant, à l'effet de faire contribuer au paiement des aliments par portion égale, paraît imposer à ce créancier, ainsi que le prescrivait l'art. 15 de la loi du 15 germ. an VI, l'obligation d'avancer par chaque mois la consignation, sauf son recours contre les autres créanciers.

Mais nous répondons que cette disposition de l'art. 793 n'est que le complément de celle qui la précède immédiatement, et qui n'est relative qu'au cas où le créancier qui a fait exécuter l'emprisonnement se trouverait avoir consigné au moment où la recommandation aurait eu lieu, ou aurait *bénévolement* consigné depuis.

On ne peut dire, en effet, que l'article dont il s'agit impose à ce créancier l'obligation d'effectuer la consignation pour les recommandants, puisque la première disposition ne dispense le recommandant de consigner qu'autant que le premier créancier l'aurait fait.

Au reste, le Code n'ayant point répété la disposition de la loi de germinal, l'opinion de M. Demiau-Crouzilhac nous paraît d'autant plus fondée, qu'il semble que le législateur ait voulu en revenir à ce qui se pratiquait autrefois, d'après l'ordonnance du 6 janv. 1680, qui obligeait solidairement tous les créanciers à pourvoir aux aliments, sans imposer à celui d'entre eux qui avait fait exécuter l'emprisonnement la charge de faire l'avance de cette consignation. (*V.* DENISART, aux mots *Recommandation* et *Prison*, et DUPARC-POULLAIN, t. 10, p. 559.)

Nous concluons de là que c'est à chaque créancier à consigner sa quote-part dans les aliments, de manière qu'ils soient toujours avancés pour un mois; que c'est à chacun à veiller à ce que cette avance existe entre les mains du geôlier; que si l'un des contribuables n'a pas fourni sa portion, c'est à celui qui veut éviter la mise en liberté à compléter la somme, sauf son recours contre le créancier négligent; que, conséquemment, le défaut de consignation est une faute commune qui ne permet pas qu'on en rende responsable le créancier incarcérant, puisque ce serait lui imposer une condition onéreuse qui ne se trouve dans aucune disposition de la loi.

[[C'est aussi notre avis.]]

[[2747 bis. *L'art.* 30 *de la loi du* 17 *avril* 1832, *en disposant que la requête du débiteur sera signée par le gardien de la maison d'arrêt où il est détenu, a-t il entendu rendre inutile le certificat de non-consignation prescrit par l'art.* 803?

En faveur de l'affirmative, on peut dire que le législateur, qui a voulu rendre cette procédure aussi simple que possible, n'aurait pas atteint son but, en exigeant du geôlier, outre un certificat de non consignation, la signature au bas de la requête en élargissement, puisque le but de ces deux formalités est absolument le même. Toutefois l'opinion contraire, soutenue par M. FOELIX, p. 61, a prévalu dans la pratique, et c'est avec raison. Le législateur a désiré ajouter une nouvelle garantie à celles qui existaient déjà et non pas détruire celles-ci. Il arrivera souvent que le geôlier lira avec peu d'attention la requête du détenu, qu'ainsi une signature, donnée légèrement, établira un fait dont les conséquences sont si importantes. Un certificat de non-consignation ne laisse aucun doute et remplit trop bien les intentions de la loi pour que nous pensions qu'elle ait voulu le supprimer.]]

ART. 804. Lorsque l'élargissement aura été ordonné faute de consignation d'aliments, le créancier ne pourra de nouveau faire emprisonner le débiteur, qu'en lui remboursant les frais par lui faits pour obtenir son élargissement, ou les consignant, à son refus, *ès mains du greffier*, et en consignant aussi d'avance *six mois d'aliments*. On ne sera point tenu de recommencer les formalités préalables à l'emprisonnement, s'il a lieu dans l'année du commandement (1).

Déclarat. du 10 janv. 1680, art. 6, et règl. du Parlement de Paris du 1er sept. 1717, art. 25. — Cod. proc. civ., art. 784. — [Loi du 17 avril 1832, art. 31. — Notre Dict. gén. de proc., v° *Contrainte par corps*, nos 346 à 350. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 684 à 690.

QUESTIONS TRAITÉES : Le créancier qui n'a pas fait la consignation par défaut de laquelle l'élargissement du débiteur aurait eu lieu, ne peut-il, pour une autre dette, faire emprisonner celui-ci qu'en remplissant les obligations mentionnées en l'art. 804 ? *Q.* 2948. — Ces obligations remplies, est-il dispensé des formalités préalables à l'emprisonnement, s'il a lieu dans l'année du commandement? *Q.* 2749. — Est-ce, comme le suppose l'art. 804, entre les mains d'un greffier que la consignation prescrite par cet article doit être faite? *Q.* 2750. — La défense de réincarcérer le débiteur s'applique-t-elle aux recommandants aussi bien qu'au créancier qui l'avait fait emprisonner? *Q.* 2750 *bis* (2).]

DXXV. On remarquera que le législateur veut, par cet article, qu'avant d'exécuter de nouveau la contrainte par corps, après l'élargissement du débiteur, faute de consignation d'aliments, le créancier doive consigner des aliments non plus seulement pour trente jours, mais pour cent quatre-vingts. C'est

---

(1) [Cet article est abrogé; *Voy.* le commentaire DXXV.]

(2) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° Le débiteur élargi pour insuffisance dans la consignation d'aliments, doit être réincarcéré, s'il est justifié que les sommes consignées n'ont point cessé d'être au complet. Bruxelles, 28 juin 1821 (*J. P.*, 3e éd., t. 16, p. 710);

2° Le mandataire salarié, qui, par suite de la négligence à consigner les aliments d'un débiteur incarcéré, a donné lieu à la mise en liberté de celui-ci, est responsable des causes de l'arrestation de ce débiteur en principal et accessoires; Paris, 22 nov. 1816, (*J. Av.*, t. 8, p. 646, et *J. P.*, 3e édit., t. 13 p. 687).]

une précaution légitime contre celui qui n'a pas acquitté une première fois la dette sacrée des aliments du débiteur.

[[Art. 31 de la loi du 17 avril 1832. « Le débiteur élargi faute de consignation d'aliments ne pourra plus être incarcéré pour la même dette. » (*J. Av.*, t. 42, p. 214.)

Cette disposition est conforme à celle de l'art. 14, tit. 3, de la loi de germinal an VI, qui, même sous l'empire de l'art. 804, avait conservé sa force en matière commerciale. Elle rend désormais sans objet le Commentaire de M. Carré sur ce point.]]

2748. *Le créancier qui n'a pas fait la consignation par défaut de laquelle l'élargissement du débiteur aurait eu lieu, ne peut-il, pour une autre dette, faire emprisonner celui-ci qu'en remplissant les obligations mentionnées en l'art.* 804?

2749. *Ces obligations remplies, est-il dispensé des formalités préalables à l'emprisonnement, s'il a lieu dans l'année du commandement ?*

Il faut remarquer sur cet article, dit M. DELAPORTE, t. 2, p. 375, qu'il porte ces mots, *ne pourra de nouveau faire emprisonner*, et n'ajoute pas *pour la même dette ;* qu'en conséquence il faudrait l'appliquer, quand même ce serait pour une autre dette que le débiteur serait arrêté à la requête des mêmes créanciers.

Telle n'est pas notre opinion. Il nous semble que l'art. 804 suppose le cas où le créancier qui n'avait pas fait la consignation exécute derechef la contrainte par corps à raison de la même dette.

Cela nous paraît résulter de ce que l'art. 804 se rattache évidemment à la disposition de l'art. 803, non-seulement parce qu'il exige un remboursement de frais précédemment faits par le débiteur pour obtenir son élargissement, mais surtout de ce que le créancier n'est pas tenu de recommencer les formalités préalables à l'emprisonnement, s'il a lieu dans l'année du commandement.

Le créancier n'est donc plus, en ce cas, obligé à faire commandement avec signification du jugement ; s'il ne l'est pas, c'est sans doute parce que le législateur suppose l'existence d'un commandement déjà fait; et puisqu'il n'a été fait au débiteur d'autre commandement que celui qui concernait la dette à raison de laquelle l'élargissement de ce débiteur avait eu lieu, il faut en conclure nécessairement que l'art. 804 n'est applicable qu'au cas où le créancier exercerait de nouveau la contrainte à raison de la même dette : donc, en tout autre cas, aucune disposition du Code ne l'assujettit aux obligations prescrites par l'art. 804, et ne le dispense d'aucune des formalités préalables à l'emprisonnement.

[[Les expressions dont se sert l'art. 31 de la loi du 17 avril détruisent l'unique objection de M. Delaporte : il est donc certain que le débiteur pourra être arrêté, mais seulement à raison de toute autre dette ; et nous ne croyons pas que le créancier soit tenu dans ce cas de remplir des formalités prescrites par un texte abrogé; au contraire, comme il s'agit d'une obligation différente, la procédure ordinaire en matière d'emprisonnement devra être renouvelée.]]

2750. *Est-ce, comme le suppose l'art.* 804, *entre les mains d'un greffier que la consignation prescrite par cet article doit être faite?*

Le projet, art. 803, 811, 814 et 815, parlait *du greffier* de la prison.
D'après les observations de la Cour de Rennes, que, dans la majeure partie

de la France, il n'existait point de greffier de la prison, et sur la demande du Tribunat (*Voy.* BERRIAT SAINT-PRIX, p. 638, not. 44), on a substitué *le geôlier* dans les art. 790, 798, 802 et 803 du Code.

Il est donc à présumer qu'on aura omis, par inadvertance, de faire une semblable substitution dans l'art. 804, mis à la place de l'art. 817 du projet, où se trouve la même expression ancienne *ès mains du greffier,* et nous pensons en conséquence qu'il s'agit du geôlier.

A la vérité, la Cour de Rennes, en faisant observer qu'il n'y avait point de greffier de la geôle dans la plus grande partie des prisons, demandait que la consignation des causes de l'emprisonnement, prescrite par l'art. 802 du Code, fût faite entre les mains *du greffier du tribunal* de la détention; mais puisque cet article veut qu'elle soit effectuée entre les mains du geôlier, on ne peut tirer aucune induction des observations de cette Cour, pour décider que ce ne serait pas le geôlier, mais le greffier du tribunal, qui dût recevoir la consignation exigée par l'art. 804.

[[Cette observation, exacte avant l'abrogation de l'art. 804, a perdu depuis son importance.]]

[[**2750** bis. *La défense de réincarcérer le débiteur s'applique-t-elle aux recommandants aussi bien qu'au créancier qui l'avait fait emprisonner?*

La négative avait été adoptée sous l'empire de la loi de l'an VI, par la Cour de Toulouse, 24 vent. an XI (*J. Av.*, t. 8, p. 465; *J. P.*, 3e édit., t. 3, p. 197), sur le fondement que l'art. 14 de cette loi ne parlait que du créancier incarcérant, et M. FOELIX, p. 62, pense que la même décision doit être aujourd'hui adoptée. M. COIN-DELISLE, p. 110, n° 3, soutient que l'avis contraire résulte de l'abrogation de la loi de l'an VI, et de ce qu'à ces expressions, *le créancier incarcérant*, l'art. 800, § 4, seul en vigueur, a substitué celles-ci, *les créanciers*, qui paraissent embrasser aussi les recommandant. Toutefois, le rapport entre cette disposition et celle de l'art. 31 de la loi de 1832, ou plutôt la dépendance de cette dernière, ne nous semble pas aussi bien établi que semble le croire cet auteur. S'il fallait s'en tenir à des raisons de texte, nous ferions observer à notre tour que l'art. 31 défend d'incarcérer le débiteur pour la *même dette,* et non pour les mêmes dettes : mais nous ne trancherons pas par de telles considérations une difficulté qu'évidemment le législateur n'a pas entendu résoudre. Le recommandant était-il tenu de consigner, comme l'incarcérant lui-même? voilà, ce nous semble, la raison de décider : or la négative est indubitable; le recommandant pouvait être assigné pour contribuer, à frais communs, à l'entretien du débiteur; mais, s'il n'a pas eu à répondre à cette réclamation, devra-t-il souffrir d'une faute qui n'est pas la sienne? C'est ce que nous ne saurions admettre, du moins en ce cas, et la doctrine de l'arrêt précité nous semble encore applicable.]]

ART. 805. Les demandes en élargissement seront portées au tribunal dans le ressort duquel le débiteur est détenu. Elles seront formées à bref délai, au domicile élu par l'écrou, en vertu de permission du juge, sur requête présentée à cet effet : elles seront communiquées au ministère public, et jugées, sans instruction, à la première audience, préférablement à toutes autres causes, sans remise ni tour de rôle.

[Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 283, n° 68.] — Avis du Cons. d'Etat, du 11 janv. 1808. — Cod. proc. civ., art. 554, 786, 794, 795, 800, 802. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Contrainte par corps*, n°s 370 et 371. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n°s 774 à 776.

QUESTIONS TRAITÉES : Les demandes en élargissement doivent-elles être communiquées non-seulement au créancier qui a fait exécuter la contrainte, mais encore à ceux qui ont fait de simples recommandations? Q. 2751. — Le juge, en permettant l'assignation, conformément à l'art. 805, doit-il commettre un huissier pour en faire la signification? Q. 2752. — Qu'arriverait-il si la demande n'avait pas été communiquée au ministère public? Q. 2753. — Les dispositions de l'art. 805 s'appliquent-elles à tous les cas où il se présente quelques obstacles à la mise en liberté d'un débiteur? Q. 2754.]

2751. *Les demandes en élargissement doivent-elles être communiquées non-seulement au créancier qui a fait exécuter la contrainte, mais encore à ceux qui ont fait de simples recommandations?*

L'affirmative résulte indirectement de l'art. 793, qui assujettit les recommandations aux mêmes formalités que les emprisonnements, et par conséquent à des élections de domicile dans l'écrou. (*Voy.* l'art. 789 ; BERRIAT SAINT-PRIX, p. 639, n° 47, et le *Praticien*, t. 5, p. 46.)

[[C'est aussi notre opinion.]]

2752. *Le juge, en permettant l'assignation, conformément à l'art.* 805, *doit-il commettre un huissier pour en faire la signification?*

Nous ne pensons pas qu'il y soit rigoureusement obligé, puisque l'article garde le silence à ce sujet; mais nous croyons qu'il convient qu'il le fasse, afin de prévenir les surprises. L'art. 795 l'exige pour les demandes en nullité d'emprisonnement fondées sur des nullités ou des moyens du fond, et nous ne voyons pas de motifs pour contester qu'il y ait même raison de décider.

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 388, partage cet avis; il croit cependant que l'inobservation de cette formalité n'entraînerait pas la nullité de l'élargissement, avec d'autant plus de raison qu'elle provient, non du débiteur, mais du juge. Ce ne serait pas là un motif suffisant, dans le cas de l'art. 795. Mais ici la loi n'exige pas commission d'huissier, et l'on ne peut ajouter à ses prescriptions.]]

2753. *Qu'arriverait-il si la demande n'avait pas été communiquée au ministère public?*

Voy. la *Quest.* 2716.

2754. *Les dispositions de l'art.* 805 *s'appliquent-elles à tous les cas où il se présente quelques obstacles à la mise en liberté d'un débiteur?*

Comme cet article, dit M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 639, not. 50, est mis après l'énonciation de tous les cas d'élargissement et des modes particuliers propres à quelques-uns d'entre eux, il paraît que celui qu'il établit doit être employé toutes les fois qu'il y a quelque obstacle imprévu; qu'en un mot, c'est là le mode général dont on ne peut s'écarter qu'autant que la loi a fait exception. Par exemple, il résulte évidemment de la première disposition de l'article 800 (Voy. *Quest.* 2736), qu'il suffit de justifier du consentement des créanciers pour obtenir sans jugement la mise en liberté; mais s'il survient quelque opposition, il faut bien y faire statuer, puisque le geôlier, qui est responsable (*Voy.* loi du 4 vendém. an VI), refusera sans doute de relâcher le détenu. Il est naturel alors de suivre, pour faire cesser cette opposition, le mode général indiqué par l'art. 805.

[[Dans le cas prévu par M. Berriat Saint-Prix, il nous semble que ce n'est point la forme indiquée par l'art. 805 qu'il faut suivre, puisque cette disposition suppose que le débiteur connait le domicile du créancier, et doit même l'assi-

gner à celui que porte l'écrou. Ici, non-seulement l'accomplissement de cette formalité est impossible, mais encore il arrivera que le débiteur, ne sachant où trouver l'opposant à sa mise en liberté, demeurera en prison pour un motif peut-être sans importance; c'est donc, en ce cas, à la disposition de l'art. 802 qu'il faut se référer, sauf au tribunal à appeler l'opposant en cause, s'il le juge nécessaire. Ainsi la doctrine de M. Berriat Saint-Prix nous semble sans application dans cette hypothèse, et nous n'en connaissons pas qu'elle puisse régir. L'action en élargissement est afférente aux diverses dispositions de l'art. 800 et à celles de même nature dont nous avons parlé sous les *Quest.* 2737 et 2738 *bis*. Elle suppose la validité du jugement de condamnation, la légalité de l'exercice de la contrainte, et c'est ce qui explique la simplicité de ses formes. Nous avons tiré une double conséquence de ce fait, sous les *Quest.* 2706 *bis* et 2708. C'est donc une procédure essentiellement restrictive et dont quelques auteurs et quelques tribunaux ne nous paraissent pas avoir toujours bien saisi le véritable caractère. Voy. notre *Quest.* 2706 *bis.*]]

TITRE XVI.

Des Référés.

Lorsqu'il s'élève quelques difficultés, relativement à l'exécution des jugements et des actes, il importe qu'elles soient promptement aplanies; d'autres circonstances exigent aussi une décision rapide; il en est même, comme le dit l'orateur du gouvernement, sur ce titre, dans lesquelles le délai d'un seul jour, de quelques heures peut-être, serait la source de grandes injustices et la cause de pertes souvent irréparables.

Ces considérations ont fait établir la procédure en *référé,* dont les règles sont tracées au titres XVI, immédiatement après celles qui concernent toutes les voies d'exécutions forcées, parce qu'elles en sont le complément, comme nous l'avons déjà dit.

On entend par référé le rapport qui se fait au magistrat, soit de difficultés survenues dans le cours de l'exécution des jugement et actes, soit de toute autre affaire qui exige une prompte décision.

Avant la publication du Code de procédure, il n'existait aucune loi générale qui établît et régularisât cette forme de procéder; elle n'était connue qu'au Châtelet de Paris, dont le lieutenant civil était autorisé, par un édit de 1685, à ordonner dans plusieurs cas détaillés dans l'art. 78, que *les parties comparaîtraient le jour même, dans son hôtel, pour y être entendues, et être par lui ordonné par provision ce qu'il estimerait juste* (1).

Le Code de procédure accorde le même droit au président de chaque tribunal ou au juge qui le remplace, mais il autorise de plus les parties à se pourvoir directement et sans permission devant ce magistrat. (Art. 806, 808.)

(1) « L'existence de cet édit permet de « supposer, dit l'orateur du gouvernement, « qu'il ne fit que confirmer ou régulariser « un usage introduit bien antérieurement; « usage que nous retrouvons encore dans « cette assignation verbale, dans cette cla- « meur de haro, à laquelle les habitants de « l'ancienne Normandie obéissaient avec « une respectueuse soumission. » En effet, on appelait *clameur de haro* un usage en vertu duquel on pouvait, sans aucun commandement ni permission de justice, faire comparaître devant le juge la partie de laquelle on avait à se plaindre. Ce pourvoi n'avait lieu au civil que dans le cas où il y avait *péril dans la demeure*, et particulièrement lorsqu'il s'agissait de trouble à une possession.

Toute la procédure consiste dans l'assignation et l'exposé verbal des moyens des parties. La décision est prononcée, soit à l'audience, soit dans l'hôtel du juge, *provisoirement* et sans préjudice des droits des parties au principal ; elle est exécutoire par provision et sans caution, s'il n'en a pas été autrement ordonné ; elle l'est même sur la minute, s'il y a nécessité absolue. On ne peut se pourvoir contre elle par la voie de l'opposition, mais elle est sujette à l'appel dans les cas déterminés par la loi. (Art. 809, 811.)

[[Nous devons signaler à nos lecteurs un ouvrage remarquable qui a été publié sur l'importante matière des référés. L'honorable président du tribunal civil de la Seine a rendu le plus grand service à cette partie de la science, hérissée de tant de difficultés pratiques, en faisant imprimer sa doctrine sous le titre de : *Ordonnances du président du tribunal de la Seine.* M. Debelleyme a donné des formules accompagnées de notes et d'observations; certes, c'était la forme la plus modeste sous laquelle il pût présenter ses idées ; ajoutons que c'était aussi le moyen le plus ingénieux pour les faire saisir par les praticiens (1).

Dans le livre de M. Debelleyme, on admire la patience de l'auteur, et on découvre, à chaque page, la longue expérience du magistrat. On peut dire hardiment que ses applications du référé ont fertilisé le germe que le législateur craintif avait déposé dans les art. 806 et suiv., Cod. proc. civ. M. Debelleyme a relevé toutes les décisions de la Cour de Paris, qui ont été provoquées par l'appel de ses ordonnances.

Si nous n'avons pas toujours partagé le sentiment de cet honorable magistrat, nous avons du moins toujours été forcé de reconnaître que, lors même qu'il avait, selon nous, commis une erreur, il avait cherché à faire adopter une marche utile aux plaideurs, et à une bonne et prompte administration de la justice.]]

ART. 806. Dans tous les cas d'urgence, ou lorsqu'il s'agira de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement, il sera procédé ainsi qu'il va être réglé (2) ci-après.

Tarif 93. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 284, n° 1.] — Edit de juill. 1685. — Décret du 12 juill. 1802. — Règl. du 30 mars 1808, art. 57, 60, 68. — Cod. proc. civ., art. 606, 607, 661, 766, 829, 843, 845, 852, 921, 944, 948. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Référé*, n°s 7 à 55. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n°s 1 à 13, 37 à 67. — Devilleneuve, *eod. verb.*, n°s 1 à 25 *bis.* — Locré, t. 22, p. 604, n°s 45 et 46.

QUESTIONS TRAITÉES : Y a-t-il lieu à référé lorsque le caractère de la contestation qui s'élève sur l'exécution d'un jugement ou d'un acte authentique ne présente rien d'urgent? *Q.* 2754 *bis.* — Quelle est l'étendue et la portée du pouvoir attribué au juge de référé de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement? *Q.* 2754 *ter.* — Un incapable peut-il se pouvoir en référé, sans autorisation ni assistance? *Q.* 2754 *quater.* — Le président du tribunal peut-il, par une ordonnance sur référé, suspendre l'exécution d'un acte authentique et en forme exécutoire? *Q.* 2755. — Le juge de référé est-il compétent pour connaître des difficultés qui s'élèvent sur l'exécution d'un acte de l'administration, ou d'un jugement émané des tribunaux administratifs? *Q.* 2755 *bis.* — Le président du tribunal, jugeant en référé, est-il incompétent, 1° pour connaître de l'exécution d'un jugement, lorsqu'elle se lie à l'interprétation de la loi ; 2° pour suspendre cette exécution pendant un délai déterminé? *Q.* 2756. — Y a-t-il lieu à référé sur les difficultés qui s'élèvent lors de l'exécution d'un jugement dont il a été interjeté appel? *Q.* 2756 *bis.* — Le juge des référés, saisi d'une contestation relative à l'exécution d'un titre exécutoire, excède-t-il ses pouvoirs, lorsqu'après avoir reconnu en principe que l'exécution ne peut être paralysée, il décide qu'elle sera continuée jusqu'à la vente des objets saisis exclusivement, et que

---

(1) [Dans notre *Traité pratique de procédure* ou *Formulaire général*, nous prouverons facilement combien une *formule* présente d'utilité.]

(2) C'est-à-dire selon les formalités prescrites par les articles suivants.

le débiteur pourra l'arrêter, en déposant à la caisse des consignations la somme pour laquelle les poursuites ont eu lieu? *Q.* 2757. — Le président du tribunal civil qui a, conformément à l'art. 558, permis à un créancier sans titre de faire une saisie-arrêt à concurrence d'une somme déterminée, peut il réserver à la partie saisie le droit d'en référer devant lui, en cas de contestation? *Q.* 2757 *bis.* — Le juge du référé peut-il statuer sur l'exécution des clauses d'une adjudication, lorsqu'il s'agit de déterminer la priorité entre les créanciers inscrits et un créancier indiqué par l'acte d'adjudication lui-même? Peut-il, en général, déterminer la priorité entre saisissants? *Q.* 2758. — Le créancier hypothécaire, qui veut prendre des mesures conservatoires relativement aux fruits de l'immeuble hypothéqué et à une époque très rapprochée de celle de leur exploitation, peut-il se pourvoir en référé devant le président du tribunal? *Q.* 2759. — Le débiteur qui n'a pas requis terme et délai, lors des condamnations prononcées contre lui, peut-il se pourvoir en référé, pour obtenir un sursis aux exécutions faites à la requête de son créancier? *Q.* 2760.— Peut-on se pourvoir en référé pour faire statuer sur l'opposition à un commandement à fin de saisie immobilière? Et si l'opposant, en prenant cette voie pour se faire accorder un sursis, se pourvoyait aussi devant le tribunal civil pour faire statuer sur le mérite de son opposition, le président devrait-il ordonner le sursis sans préjuger le fond? *Q.* 2761. — Peut-on porter en référé une demande ayant pour objet, 1° de faire accorder une provision à la veuve dont les reprises ne sont pas liquidées; 2° de faire une distribution de deniers entre les créanciers du défunt, avant qu'il ait été procédé à l'inventaire; 3° de proroger le délai accordé pour la confection de cet inventaire? *Q.* 2762. — Pourrait-on porter en référé une demande tendant à la nomination d'un notaire pour procéder à un inventaire? *Q.* 2763. — Peut-on se pourvoir en référé pendant la durée de la contestation? *Q.* 2763 *bis.* — Peut-on se pourvoir en référé devant la Cour d'appel, lorsqu'il s'agit de l'exécution d'un arrêt émané de cette Cour? *Q.* 2764 (1).]

DXXVI. On voit que cet article est divisé en deux dispositions; la seconde trace des limites assez fortement prononcées pour qu'on ne puisse les franchir sans une évidente mauvaise foi. Elle se conçoit, sans doute, plus facilement que la première, conçue en termes si généraux qu'il s'est élevé et qu'il pourrait s'élever encore un grand nombre de difficultés sur la compétence des juges des référés, si l'on ne pouvait, à l'aide de quelques règles générales sur l'objet de cette procédure, en faciliter l'application aux cas particuliers. C'est ce que nous essaierons de faire en traitant la question suivante.

Quoi qu'il en soit, nous rappellerons les motifs que l'orateur du gouvernement présentait pour justifier la généralité des termes de cette disposition.

« Quelques personnes ont paru craindre qu'il ne fût facile d'abuser des cas d'*urgence* dont parle la première partie de l'article, et de faire porter, sous cette dénomination, à l'hôtel du président ou à l'audience des référés dont parle l'art. 807, des contestations qui devraient être portées à l'audience du tribunal.

« Nous croyons que cette inquiétude n'est pas fondée, et que, sans rappeler la longue nomenclature des cas prévus par l'édit de 1685, la loi s'explique assez clairement en n'attribuant à l'audience des référés que *les cas d'urgence.* Le discernement et la probité du président ou du juge délégué feront le reste. Renvoyant à l'audience les contestations qui ne seraient portées en l'hôtel que par une indiscrète et avide précipitation, il n'hésitera point à prononcer sur

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Le président qui ne statue point en référé ne peut ordonner le sursis à des poursuites exercées en vertu de titres authentiques; Bordeaux, 16 janv. 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 90);

2° Lorsque, dans une matière de référé, on a élevé une question de propriété, et que le juge s'est déclaré incompétent; que, devant le tribunal, on a abandonné la question de propriété pour discuter celle du référé, et que le tribunal s'est à son tour déclaré incompétent, le juge est valablement ressaisi de la question du référé, sans qu'on puisse prétendre qu'il y a conflit négatif et violation de la chose jugée; Cass., 27 avril 1825 (*J. Av.*, t. 32, p. 212);

3° Il n'y a pas contravention à la chose jugée, lorsqu'un tribunal ordonne, en état de référé et par provision, la discontinuation des poursuites exercées en vertu d'un jugement rendu en pays étranger, et qu'un précédent arrêt non attaqué déclare non recevable l'appel de ce jugement; Cass., 31 juill. 1815 (*J. Av.*, t. 18, p. 777; DEVILL., *Collect. nouv.*, 5.1.79).]

celles auxquelles le moindre retard, ne fût-il que de quelques heures, peut porter un préjudice irréparable. »

Les circonstances dans lesquelles le Code de procédure renvoie en référé sont les suivantes :

1° Les décharges de gardiens (Art. 606 et 607) ;

2° Les ouvertures de portes, lors des saisies-revendications (Art. 829) ;

3° Les contestations sur la délivrance ordonnée des expéditions d'actes imparfaits ou des secondes grosses, et sur l'exactitude des expéditions obtenues par des compulsoires (Art. 843, 845 et 852) ;

4° Les difficultés en matière de saisies-exécutions, scellés, inventaires, ventes judiciaires de meubles (Art. 607, 921, 922, 944 et 948) ;

5° Les priviléges du propriétaire sur les deniers saisis dont on fait faire la distribution ; mais dans ce cas, ainsi que le fait observer M. Berriat, p. 377, not. 3, c'est le juge commis qui statue sur le référé (Art. 661) ;

6° La mise en liberté ou l'incarcération d'un débiteur qui se prétend illégalement arrêté (Art. 786. *Voy.* nos questions sur ces différents articles) (1).

[[*Voy.* aussi, dans le livre de M. Debelleyme, *Ordonnances sur référés du président du tribunal de la Seine,* 1er cah., 4e part., tous les cas qui, dans ces diverses matières, donnent lieu à référé.]]

D'après les praticiens qui ont traité la matière des référés suivant l'usage du Châtelet de Paris, où cette procédure avait particulièrement lieu, c'était dans des circonstances semblables à celles que notre Code actuel désigne spécifiquement, ou lorsqu'il s'agissait des saisies-exécutions (*voy.* ordonn. de 1667, tit. 34, art. 5), que la voie du référé était usitée.

L'art. 6 de l'édit de 1685 comprenait d'autres cas dans lesquels il y avait lieu à se pourvoir par cette voie : 1° lorsqu'on demandait la mainlevée des marchandises prêtes à être envoyées, ou dont les voituriers étaient chargés ou qui pouvaient dépérir ; 2° lorsqu'il s'agissait du paiement que des hôteliers ou des ouvriers demandaient à des étrangers, pour nourriture ou fourniture d'habits ou autres choses nécessaires ; 3° lorsqu'on réclamait des dépôts, gages, papiers et autres effets divertis.

Dans ces circonstances, si l'on excepte celle en paiement d'ouvriers, parce qu'il y a lieu de citer à cet effet devant la justice de paix, on peut sans doute se pourvoir en référé ; aussi M. Pigeau, t. 2, p. 106, les cite-t-il comme des exemples de cas d'urgence.

Mais on lit dans les ouvrages de droit, écrits sous l'ancienne jurisprudence (*Voy.* Denisart, et le *Répert.* au mot *Référé*), que, hors ces cas, où il est nécessaire de décider sur-le-champ, le juge devait toujours renvoyer à l'audience, même quand il s'agissait d'affaires provisoires par leur nature, et ne pouvait seulement qu'abréger les délais, suivant les circonstances.

Il est évident qu'aujourd'hui, d'après ces expressions générales de la première disposition de l'art. 806, *dans tous les cas d'urgence*, l'usage de la voie du référé peut s'étendre bien plus loin ; mais c'est ici qu'il convient d'essayer de fixer les idées sur l'application de cet article, afin d'empêcher qu'on ne s'expose à prendre cette voie dans des circonstances où il n'a pas été dans l'in-

---

(1) [Ajoutez à ces divers cas les suivants, qui, en vertu de la nouvelle loi sur les saisies immobilières, donnent lieu à référé :

Opposition de la part des créanciers à ce que le débiteur soit maintenu en possession comme séquestre (681) ;

Demande des créanciers afin d'être autorisés à faire procéder à la coupe et à la vente des fruits (681) ;

Opposition à la délivrance du certificat nécessaire, en cas de folle enchère, pour constater que l'adjudicataire n'a pas payé son prix (734).]

tention du législateur de l'ouvrir aux parties, et où il serait même contraire à leurs intérêts qu'elles la prissent.

Sur ce sujet, nous emprunterons en partie ce qu'on lit dans une dissertation sur la question qui nous occupe; dissertation extraite du *Journal des décisions notables de la Cour de Bruxelles*, et insérée dans le *Recueil de Sirey* pour 1809 (*DD.*, p. 192.)

Il faut bien se garder, dit l'auteur, de confondre deux choses qui sont très distinctes, la célérité et l'urgence. (*Voy.* t. 1, p. 680, not. 1, et *Quest.* 571, t. 1, p. 680.)

Une cause exige célérité; mais elle ne fait pas pour cela l'objet d'un référé : la loi permet seulement d'abréger les délais (1). (*Voy.* art. 72.)

L'urgence présuppose que, quelle que soit la brièveté du délai, le fait ne peut attendre la réunion de tous les membres du tribunal, sans qu'il en résulte péril dans la demeure. C'est alors que la voie du référé est ouverte; mais le magistrat chargé de l'application de l'art. 806 se tromperait souvent, il excéderait ses pouvoirs, s'il ne prenait pas pour guides les dispositions particulières du Code de procédure et les règles antérieures dont elles sont prises : c'est là, ou dans des actes semblables, que son attribution paraît circonscrite.

Le propriétaire d'un bâtiment le destine à une fabrique; il y commence quelques changements; mais une partie de ce bâtiment est occupée par un locataire qui s'oppose au nouvel œuvre du propriétaire; il cite ce dernier en référé, pour qu'il lui soit fait défense de rien faire au préjudice de son bail. — Aucune action n'était ouverte; le locataire l'introduit par forme de référé; Le président du tribunal civil prononce provisoirement en faveur du locataire, et renvoie au principal devant le tribunal; était-ce le cas d'un référé? — La cause exigeait célérité, et le délai pouvait être abrégé; mais le préjudice n'était pas irréparable : on n'enlevait pas de meubles; on n'exécutait pas; un jour de plus n'ôtait rien de l'effet de l'action : n'était-ce pas étendre la disposition de l'art 806? Si l'on consulte l'ancien règlement, aucun fait de cette nature n'autorise le recours en référé : le Code de procédure est rédigé dans le même sens.

C'est, en effet, une démarche assez singulière, que celle de faire statuer sur une action litigieuse avant qu'elle soit introduite devant le juge qui doit la décider. Il n'en est pas ici comme d'une opération qui se fait par le ministère d'un officier public, en vertu de la loi ou d'un jugement, ni comme d'une mainlevée ou de la disposition d'une chose qui ne pourrait plus se représenter.

En peu de mots, cessation d'entraves, levées d'obstacles, aplanissement de difficultés sur l'exécution, sur des saisies, conservation d'un fait ou d'une

---

(1) [A l'occasion des demandes à bref délai, M. BOITARD, t. 3, p. 395, fait observer avec raison qu'elles comportent plusieurs dérogations aux règles de procédure ordinaires, dérogations que cet auteur formule ainsi :

« Dans l'hypothèse où l'affaire requiert célérité, on pourra :

« 1° Obtenir du président, aux termes de l'art. 72, la permission d'assigner à bref délai;

« 2° On sera dispensé, aux termes de l'art. 48, du préliminaire de conciliation;

« 3° On sera dispensé, aux termes de l'art. 405, des écritures préalables qui forment le début de la procédure ordinaire;

« 4° Enfin, on obtiendra quelquefois, aux termes de l'art. 135, l'exécution provisoire du jugement, nonobstant l'appel. »

La procédure de référé autorise des dérogations plus nombreuses encore et plus importantes. *Voy.* les art. 807 et suiv.

Nous ferons remarquer que, même dans les cas d'urgence qui autorisent le référé, il y a trois degrés : d'abord *l'urgence* dont parle l'art. 806, *la célérité* que prévoit l'art. 808, et enfin *l'absolue nécessité* qui nécessite la mesure prévue par l'art. 811. Pour expulser un locataire dont le bail est expiré, il y a *urgence*, mais le besoin de faire entrer un nouveau locataire produit la *célérité*, et enfin si ce nouveau locataire n'a plus d'abri, et que ses meubles soient à la porte, il y a *absolue nécessité*, etc., etc.]

chose sans lesquels l'action n'a plus d'intérêt, voilà ce qui peut faire l'objet d'une ordonnance en référé, dans les matières qui ne sont pas réservées à la connaissance du juge de paix.

Dans tous les cas autres que ceux qui sont déterminés par la loi, et où il s'agit d'un droit litigieux fondé sur des faits permanents, quelque célérité qu'exige la décision, c'est au tribunal à statuer, sur assignation à bref délai.

N'est-il pas évident qu'en prenant la voie des référés, hors des circonstances qui prescrivent une mesure conservatoire, ou la levée d'un obstacle au cours de la justice, on aurait deux instances pour une, puisque le lendemain de l'ordonnance en référé on jugerait la cause au principal, et que le tribunal se trouverait en état d'accorder, s'il y avait lieu, le provisoire sur lequel il aurait été inutilement prononcé la veille?

Si, sous prétexte d'urgence ou de provision, le président était juge en référé, il y a peu d'affaires qu'on ne trouvât moyen de commencer ainsi, et bientôt nous tomberions dans une confusion de pouvoirs sur lesquels on ne verrait plus que des appels d'incompétence sur les ordonnances en référé.

Il paraît donc résulter de ces diverses observations que l'art. 806 n'a pas laissé un pouvoir discrétionnaire au magistrat qui statue en référé, et que ces expressions, *dans tous les cas d'urgence*, se réfèrent aux cas qui sont prévus par les anciens et les nouveaux règlements, ou qui sont dans la même catégorie; en un mot, à des cas qui supposent des obstacles dans l'exécution, ou un préjudice tellement irréparable, si la mesure de conservation n'est pas appliquée sur-le-champ, que l'on pourrait dire, suivant les expressions de M. le tribun Favard (*Voy.* édit. de F. Didot, p. 275), que l'on serait sans justice, si la décision n'était pas rendue à l'instant même où la difficulté se présenterait. (*Voy.* en outre l'*Exposé des motifs*, par M. le conseiller d'état Réal, *ubi suprà*, p. 226.)

Ces notions générales, d'après lesquelles il nous semble que l'on doit mesurer l'étendue ou les limites de la compétence en matière de référé, nous conduisent naturellement à rassembler les décisions judiciaires rendues dans des espèces où il s'agissait de prononcer s'il y avait lieu ou non à se pourvoir par cette voie.

[[MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 491; DALLOZ, t. 11, p. 543, et BILHARD, *Traité des référés*, p. 19, s'élèvent contre cette opinion de M. Carré : *que l'art.* 808 *n'a point laissé un pouvoir discrétionnaire au juge qui statue en référé.* Ils soutiennent que ce magistrat a l'appréciation souveraine des cas d'urgence, et que nulle loi ne restreint son droit à cet égard; mais c'est là une pure discussion de mots, puisque M. Carré n'a voulu dire autre chose, sinon que le président du tribunal est incompétent pour juger en référé, lorsqu'il n'existe pas une urgence telle qu'elle rende obligatoire cette voie de recours. Il est bien évident d'ailleurs que l'appréciation de l'urgence, subordonnée aux faits particuliers de chaque cause, doit lui être entièrement abandonnée, sauf appel, dans le cas où sa décision renfermerait un excès de pouvoir. La contradiction entre ces divers auteurs n'est donc qu'apparente, et la doctrine aussi bien que la jurisprudence sont fixées dans le sens des opinions ci-dessus développées. Conférez sur ce point MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 776; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 390, et BOITARD, t. 3, p. 389. Mais leur application a soulevé, surtout depuis la publication des *Lois de la procédure civile*, des difficultés assez nombreuses dont nous renvoyons l'examen aux questions suivantes, pour nous conformer au plan suivi par M. Carré.

Nous croyons toutefois qu'avant d'aller plus loin, il convient de rappeler ici la série des divers cas *d'urgence*, tels qu'ils sont indiqués par M. DEBELLEYME, *Ordonnances du président*, 2e cahier, afin de faire apprécier la portée réelle de cette expression et l'étendue de la compétence des juges de référé.

Ecriteaux après congé, afin que le propriétaire n'éprouve pas de préjudice dans la location de sa maison (*Formule*, n° 51, p. 82);

Visite des lieux après congé, dans le même intérêt (*Formule*, n° 52, p. 83);

Expulsion après congé, si le locataire dégrade les lieux, ou simplement refuse de sortir, et qu'il en résulte un préjudice pour le propriétaire (*Formule*, n° 54, p. 85);

Expulsion après décès, faillite, etc., lorsque le nouveau locataire demande à entrer en jouissance (*Formules*, n°s 55 et 56, p. 88 et suiv.);

Expulsion faute de garnir les lieux, lorsque le locataire enlève journellement ses meubles, et qu'il en résulte pour le propriétaire la perte de ses loyers (*Formule*, n° 66, p. 104);

Renvoi d'un caissier ou employé, quand il importe à celui au service de qui il se trouve d'être mis immédiatement en possession d'objets, papiers, valeurs, etc. (*Formules*, n°s 68 et 69, p. 106 et suiv.);

Expulsion d'un locataire qui tiendrait, dans les lieux loués, une maison dite de tolérance, ce qui peut occasionner au propriétaire un dommage immédiat (*Formule*, n° 72, p. 111);

Constatation de l'état des lieux loués, au moment de l'entrée en possession; travaux à faire dans les mêmes circonstances (*Formules*, n°s 74 et 75, p. 114 et suiv);

Réparations d'entretien et de jouissance, quand les lieux loués sont inhabitables (*Formules*, n° 78, p. 120);

Travaux, soit du propriétaire, soit d'un voisin, qui troublent la jouissance, ou *vice versa*, travaux du locataire qui portent un préjudice immédiat à la propriété (*Formule*, n°s 79 à 82, p. 123 et suiv.);

Contestations entre propriétaires voisins à raison de dégradations, surcharge, percement du mur mitoyen, ouverture de portes, constructions de cheminées, forges, fours, obstacles à l'écoulement des eaux, et autres faits semblables (*Formule*, n° 85, p. 140);

Abandon ou retard dans les travaux de constructions, de la part des architectes et ouvriers, lorsqu'il en résulte des dégradations dans les constructions, ou des retards dans l'entrée en jouissance du locataire; constatation de l'emploi de mauvais matériaux, etc. (*Formule*, n° 86, p. 147);

Mesures à prendre, en cas de démolition d'un bâtiment, pour faire observer les précautions nécessaires, constater les dommages éprouvés par les voisins, etc. (*Formule*, n° 87, p. 152);

Débats en matière de séparation de corps, à raison de la résidence provisoire de la femme, de la garde des enfants, de la remise des hardes et effets à l'usage de la femme (*Formule*, n° 91, p. 160);

Vente d'objets mobiliers sujets à dépérissement (*Formule*, n° 94, p. 170);

Constat de marchandises (*Formule*, n° 95, p. 171).

Comme on le voit, il est des cas où l'urgence résulte de la nature même des choses; tels sont ceux, en général, où la loi ordonne elle-même la voie du référé (art. 786, 829, 921, etc., *voy.* ci-dessus); et d'autres où elle provient de circonstances particulières, fortuites, comme celles que nous venons d'énumérer : la loi ne pouvait se charger de ce soin, et nous ne prétendons pas, au surplus, avoir indiqué d'une manière complète des hypothèses qui varient à l'infini. Celles que nous avons présentées sont surtout communes à Paris et dans les grandes villes, et elles y font sentir toute l'importance de la procédure de référé, dont il est seulement à regretter que la loi n'ait pas établi un plus grand nombre de dispensateurs : car le besoin de décisions promptes se fait sentir aussi dans les campagnes et dans les petites localités; mais il ne peut y être satisfait à cause de l'éloignement de tant de justiciables du lieu où siégent les tribunaux de première instance.]]

[[**2754** bis. *Y a-t-il lieu à référé, lorsque le caractère de la contestation qui s'élève sur l'exécution d'un jugement ou d'un acte authentique ne présente rien d'urgent?*

On pourrait induire l'affirmative des termes de l'art. 806, qui semble admettre deux causes distinctes de référé : 1° l'urgence; 2° le cas où il s'agit d'un débat sur l'exécution d'actes authentiques ou de décisions judiciaires; mais les paroles de l'orateur du gouvernement, citées par M. Carré au commencement du commentaire de l'article, prouvent, ce nous semble, combien cette interprétation serait inexacte. Toutes les fois qu'une demande ordinaire ou même une assignation à bref délai permettent à une partie d'atteindre le but qu'elle se propose, sans qu'il en résulte pour elle aucun inconvénient, aucun danger, il n'y a pas lieu à référé; lors même que l'exécution serait de nature à occasionner un préjudice éventuel et facilement réparable, cette voie de recours serait inadmissible. Les observations de M. Carré, au commentaire de l'article, s'appliquent aussi bien au cas où il s'agit de l'exécution d'actes ou de jugements qu'à toute autre hypothèse.

Il a été jugé en conformité de ces principes, par la Cour de Florence, 11 avril 1812 (*J. Av.*, t. 19, p. 437), qu'une partie n'a pas le droit de se pourvoir devant le juge du référé, soit pour faire prononcer la nullité d'une saisie-exécution, soit pour obtenir sursis à cette saisie, lorsqu'on ne justifie pas de l'urgence; par la Cour de Bourges, 28 janv. 1815 (*J. Av.*, t. 18, p. 776), qu'un juge de référé ne peut ordonner qu'il sera passé outre à un partage, malgré l'opposition d'un créancier, parce que cette contestation ne présente rien d'urgent. *Voy.* également M. Boitard, t. 3, p. 393; Bruxelles, 11 mars 1825 (*Journ.* de cette Cour, 1825, t. 2, p. 56), ainsi que les *Quest.* 2758 et 2759, et surtout les arrêts de Rome et de Liége rapportés sur la *Quest.* 2759. Cependant M. Thomine Desmazures, t. 2, p. 392, fait remarquer qu'il est des cas où le juge du référé est compétent, indépendamment de la constatation de l'urgence : ce sont ceux où la loi attribue juridiction, par exemple, en matière de *saisie-exécution, scellés, inventaires, opposition à l'exercice de la contrainte*, etc., et autres du même genre, énumérés par M. Carré au commentaire de l'article. Mais il convient de faire observer, en même temps, que toutes ces hypothèses supposent, par leur nature même, une rapidité d'action, et nécessitent, par conséquent, une brièveté de procédure, inconciliables avec les formes ordinaires. C'est donc en quelque sorte par suite d'une présomption légale d'urgence qu'elles se trouvent soumises au référé. Il n'y a là aucune exception au principe que nous avons établi plus haut; seulement la loi, à l'appréciation du juge, à son pouvoir discrétionnaire, a substitué, à raison de certains cas, une attribution formelle de juridiction qui ne laisse prise à aucun doute.

La règle qui exige l'urgence comme l'indispensable condition du référé, se trouve bien plus directement attaquée par le système qui résulte de la jurisprudence de certains tribunaux, et notamment de la doctrine de M. Debelleyme d'après lequel tout débat sur l'exécution de titres authentiques ou de jugements aboutirait, en définitive, devant le juge du référé. On se fonde, dans cette opinion, sur ce que les décisions de cette nature sont essentiellement provisoires, et que provision est due au titre; on va même jusqu'à assimiler à ces actes les conventions verbales ou sous seing privé dont l'existence n'est contestée d'aucune des parties : *Voy.* notamment, p. 12, note 1; p. 13, note 1; *Formules* 12 et 13, p. 23 et suiv.; *Formules* 59 à 64, 67, 70, 76 et 153, p. 96 et suiv., 106, 109, 117 et 321. *Voy.* aussi les arrêts cités, *eod. loco.*

Quelque avantage pratique que puisse présenter l'usage de soumettre aux juges de référé toutes les contestations sur l'exécution d'un titre authentique

ou d'un jugement, lorsque l'urgence n'existe pas (1), nous le croyons contraire au vœu de la loi, aux principes fondamentaux des juridictions, et dangereux même par l'extension qu'il donne à la compétence, déjà si étendue, des présidents de tribunaux civils. La loi, comme nous l'avons dit, subordonne cette compétence à une condition indispensable : la nécessité de prendre immédiatement une mesure conservatoire; de prévenir un préjudice qui ne pourrait pas être réparé. Lorsqu'il n'existe pas de danger de cette nature, comment concevoir l'existence d'un pouvoir presque illimité, reposant sur la tête d'un magistrat, lequel, d'après les règles mêmes de sa juridiction, telles que nous les concevons sous la *Quest.* 2754 *ter*, décide presque toujours *ex æquo et bono?* La loi détermine encore de la manière la plus complète quels sont les juges compétents pour connaître de l'exécution des actes et jugements : c'est, à la vérité, pour en connaître *au fond :* mais, quand il n'y a pas urgence, quel besoin d'une décision provisoire?... Ce sont des frais inutiles. Encore une fois, le système que nous combattons ici n'est nulle part enseigné formellement ; mais il résulte, ce nous semble, des décisions indiquées plus haut ; prenons un exemple dans le livre de M. DEBELLEYME, 2e cahier, p. 23, à la note : Il s'agit de l'exécution des clauses résolutoires dans les contrats de vente : « La jurisprudence, dit cet auteur, a admis la distinction suivante : si le vendeur est exposé à perdre la chose et le prix, on ordonne l'exécution de la clause et l'expulsion ; si l'acheteur a payé une partie du prix... enfin, s'il *n'y a pas péril* dans le délai pour le vendeur, on accorde un délai convenable pour acquitter les causes de poursuites... » *S'il n'y a pas péril dans le délai*, répondrons-nous, le juge du référé doit se déclarer incompétent; c'est au tribunal seul qu'il appartient de juger les questions soulevées par l'exécution d'un contrat. *Voy.* au surplus la question suivante.]]

[[**2754** ter. *Quelle est l'étendue du pouvoir attribué au juge du référé de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement?*

Il est incontestable, en principe, que, par le fait seul de l'urgence, le juge du référé n'est pas investi du droit absolu de décider toutes les contestations portées devant lui, de prendre toutes les mesures qu'il pourrait juger les plus convenables.

Sur ce point, sa juridiction se trouve nettement définie par les art. 806 et 809, et limitée par la comparaison de ces deux textes : *Lorsqu'il s'agira de statuer provisoirement*, dit l'art. 806; *Les ordonnances de référé ne feront aucun préjudice au principal*, ajoute l'art. 809. Les auteurs et la jurisprudence ont unanimement conclu de ces expressions que les ordonnances de référé, prononcées en cas d'urgence, ne survivent pas au moment pour les exigences duquel elles ont été rendues : que l'effet qu'elles produisent n'a, par conséquent, rien de définitif. De là la Cour de Bourges, le 2 juill. 1825 (*J. Av.*, t. 34, p. 321), a tiré cette conséquence bien fondée que, lors même que l'or-

(1) [D'après notre savant collègue M. RODIÈRE, t. 1, p. 164, l'urgence, dans ces cas, serait toujours de droit, comme en matière de contrainte par corps, de scellés, d'inventaire, etc. Il suffit, ce nous semble, pour combattre ce que cette opinion a de trop absolu, de rappeler les termes de l'art. 806 : « Lorsqu'il s'agira de statuer *provisoirement...* », c'est-à-dire s'il y a urgence, ce qui enlève toute juridiction dans le cas contraire. Du reste, M. Rodière reconnaît lui-même et énumère quelques circonstances où le juge du référé est incompétent pour connaître de l'exécution de titres ou jugements. Voy. *loc. citato.*]

donnance de référé qui a statué au principal n'a pas été attaquée par la voie de l'appel dans les délais utiles, elle n'a néanmoins d'effet que sur le provisoire, c'est-à-dire sur la continuation ou la discontinuation des poursuites, et n'empêche nullement le débiteur de débattre plus tard ses droits au fond. *Voy.* aussi Turin, 30 juill. 1810, Cassat. 31 juill. 1815 (*J. Av.*, t. 18, p. 756 et 777), et M. Debelleyme, 2e cahier, p. 140, not. 1; p. 324, not. 1, etc.

A la vérité, l'art. 806 semble n'attacher ce caractère de provisoire qu'aux décisions rendues sur l'exécution d'actes ou de jugements; mais M. Boitard, t. 3, p. 393, a combattu avec raison l'induction que l'on pourrait tirer de la contexture vicieuse de cet article : Il ne s'est d'ailleurs élevé aucun doute à cet égard, et les expressions précitées de l'art. 809 ne le permettraient pas.

En second lieu, le juge du référé est incompétent pour rendre des décisions sur le principal, même provisoirement, déclarer les demandes des parties bien ou mal fondées, porter en un mot, suivant les expressions de la loi, préjudice au fond : il a donc été, avec raison, déclaré incompétent :

1° Pour juger de la validité d'un titre en lui-même; Pau, 5 janv. 1837 (*J. Av.*, t. 55, p. 689);

2° Pour ordonner une expertise, et, en règle générale, pour rendre un jugement interlocutoire quelconque, en tant qu'il préjugerait le fond. Bourges, 7 avril 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 574; Devill., 1833.2.79);

3° Pour condamner une partie aux dépens, même à ceux de l'instance de référé; Rome, 8 oct. 1809 (*J. Av.*, t. 18, p. 754); Bourges, 30 août 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 173, Devill., 1833.2.433), et 24 juill. 1832 (*J. Av.*, t, 46, p. 226). Mais il peut évidemment statuer sur l'exécution d'une condamnation aux dépens, prononcée par le tribunal lui-même, comme le dit M. Debelleyme, 2e cahier, p. 20, *Formule* 10;

4° Pour statuer sur la demande en déguerpissement fondée sur un prétendu bail verbal, lorsque celui qui occupe les lieux en nie l'existence et se dit propriétaire; Bruxelles, 9 mars 1836 (*Journ.* de cette Cour, 1836, p. 211).

Il est également certain, et c'est une conséquence du principe que nous venons d'indiquer, que le juge de référé n'a pas le droit de modifier le jugement ou l'acte authentique dans ses effets, de substituer sa volonté à celle des magistrats ou des parties. Il ne peut donc, comme l'ont décidé les arrêts suivants :

1° Ordonner qu'une partie recevra les arrérages d'une rente viagère qui lui est due, ailleurs qu'à son domicile réel; Rennes, 12 janv. 1810 (*J. Av.*, t. 18, p. 755);

2° Enjoindre à l'acquéreur d'un immeuble, grevé d'une rente perpétuelle, de verser le capital de cette rente, en la considérant comme éteinte; Paris, 16 avril 1833 (*J. Av.*, t. 47, p. 573; Devill., 1833.2.391); cette injonction serait d'ailleurs doublement nulle, comme préjugeant le fond;

3° Prescrire l'exécution provisoire qui n'a pas été prononcée par le jugement, ou la suspendre dans les cas où elle est prescrite; Paris, 19 germ. an XI (*J. Av.*, t. 18, p. 742); 16 sept. 1813 (*J. Av.*, t. 12, p. 247); 13 août 1829 (*Bull. du comm.*, t. 6, p. 345). *Voy.* cependant un arrêt de la même Cour du 24 sept. 1828 (*Gazette des Tribunaux*, n° du 25);

4° Arrêter l'effet d'un acte exécutoire nonobstant opposition, tel que les contraintes décernées par l'administration des contributions indirectes, en vertu de l'art. 239 de la loi du 28 déc. 1816; Cassat., 6 août 1817, et 3 juin 1833 (*J. Av.*, t. 18, p. 780, et t. 45, p. 470; Devill., *Collect. nouv.*, 5.1.358; 1833.1.631);

5° Accorder un sursis indéfini et absolu à l'exécution, soit d'un jugement, soit d'un titre authentique; Aix, 5 déc. 1826 (*J. Av.*, t. 54, p. 323); Agen, 18 juill. 1833 (*J. Av.*, t. 48, p. 462; Devill., 1834.2.597);

6° Donner un délai, même limité, pour le paiement de sa dette, au débiteur à

qui un jugement de condamnation n'a point accordé cette faveur. *Voy.*, relativement à la controverse qui s'est élevée à ce sujet, la *Quest.* 2760.

Enfin, le juge du référé commet un excès de pouvoir, toutes les fois qu'il substitue une marche arbitraire à celle qui est indiquée par la loi; qu'il soumet à sa juridiction des cas dont la loi réserve la connaissance aux tribunaux ordinaires (1).

C'est surtout dans l'observation de cette dernière règle que les difficultés pratiques deviennent nombreuses et délicates. Dans les grandes villes, à Paris surtout; où les questions d'exécution sont si multipliées et par conséquent si pressantes; où l'utilité des référés se fait tellement sentir que l'on compte par milliers les affaires annuellement soumises à cette juridiction, les exigences du moment, l'expérience des besoins, le désir même d'être utile ont entraîné, de la part des magistrats tour à tour chargés de ces importantes fonctions, des décisions et des mesures provisoires, conservatoires sans doute, mais qui, par le nombre infini des objets qu'elles embrassent, donnent à son pouvoir une extension presque illimitée (2).

Hâtons-nous de dire ici que, lorsque ces mesures sont prises dans des cas d'urgence et qu'elles ont pour résultat un avantage incontestable, lors d'ailleurs que leur effet est borné à un temps très court, et n'empêche en rien l'exercice des juridictions ou des droits créés par la loi, il nous paraît juste d'admettre la compétence du juge du référé, qui ne porte de préjudice sérieux à aucun intérêt, et qui en prévient au contraire d'irréparables.

Ainsi, nous croyons, avec la Cour de Paris, 8 juill. 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 568), que le juge du référé n'a pas le droit d'ordonner l'expulsion d'un locataire dont le bail n'a pas été résilié par jugement, parce qu'un tel préliminaire est indispensable; et avec la même Cour, 25 mai 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 593; DEVILL., 1833.2.407), qu'il ne peut donner mainlevée d'une saisie-arrêt qu'il a permis de pratiquer, puisque c'est le tribunal entier, aux termes de l'art. 567, qui doit connaître de cette demande. (*Voy.* notre *Quest.* 2757 *bis.*)

Nous ne pensons pas non plus, contrairement à l'avis de M. DEBELLEYME, 2e cahier, p. 54, *Formule* 35, qu'il soit permis à ce juge d'ordonner la vente des meubles d'un failli pour le cas où les syndics, dans un délai déterminé, ne feraient pas procéder à cette vente; car il ne lui appartient pas de tracer à ceux-ci une marche que le juge-commissaire et le tribunal de commerce peuvent seuls leur imposer. *Voy.*, en ce sens, Paris, 25 mars 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 89).

Mais il est compétent, ce nous semble, pour prendre toutes mesures conservatoires qui ne lèsent aucun droit; nommer, sur les réquisitions d'une ou de plusieurs parties intéressées, un notaire (Voy. *Quest.* 2763 *infrà*), un séquestre judiciaire, un gérant en cas de décès d'un agent d'affaires, commerçant, maître de pension, etc. (DEBELLEYME, 2e cahier, p. 156, 265 et suiv., *formules* 89, 131, 132, 134); un représentant pour continuer les opérations commencées par un agent de change décédé (DEBELLEYME, 2e cahier, p. 244, *formule* 129); un administrateur de succession (*Idem*, p. 207, *Formule* 122); un gardien pour empêcher l'enlèvement du mobilier, pendant les poursuites de folle enchère (Paris, 16 fév. 1816, *J. Av.*, t. 20, p. 459), et faire toutes autres nominations du même genre, mais à titre provisoire, et sans préjudice des droits de toutes parties intéressées.

C'est ici qu'il convient de traiter avec quelque détail du pouvoir attribué

---

(1) [Ou pour lesquels elle détermine une juridiction spéciale; *Voy.* Paris, 28 janv. 1833 (*J. Av.*, t. 43, p. 591, et Cassat., 6 août 1817, et 3 juin 1833 (*J. Av.*, t. 18, p. 780, et t. 45, p. 470). *V.* aussi *Quest.* 2756 *bis.*]

(2) Voy. *passim*, l'ouvrage de M. Debelleyme.]

au juge du référé par l'art. 806 de connaître des difficultés relatives à l'exécution des décisions judiciaires ou des actes authentiques, et de déterminer avec exactitude, et en vertu des règles que nous venons d'établir, l'étendue réelle de ce pouvoir.

Posons d'abord le fait le plus simple, celui où le demandeur en référé prétend que l'acte ou le jugement dont on poursuit contre lui l'exécution n'existe pas.

Ici, tout le débat porte sur un point de fait qu'il est facile au magistrat de constater: suivant la preuve qui lui sera ou non fournie, il ordonnera la continuation ou la discontinuation des poursuites.

La partie convient que le jugement ou l'acte existe; mais elle nie que le premier ait été rendu, que le second soit obligatoire contre elle : c'est encore évidemment au juge du référé, non pas à décider le point en lui-même, puisque ce peut être là l'objet d'un débat étranger à sa compétence, mais à voir si le fait est assez bien établi pour que les poursuites soient discontinuées, pour qu'un préjudice irréparable soit évité. C'est aussi ce qui paraît résulter d'un arrêt de Caen, 31 déc. 1829 (Dalloz, 1830.2.283).

Le jugement a été incontestablement rendu contre la partie; mais elle prétend que son adversaire en aggrave les effets, qu'il en dénature le caractère par l'exécution qu'il lui donne : voilà un débat qui, de sa nature, appartient au tribunal de la décision duquel il s'agit. Cependant le temps presse; les poursuites commencées vont causer un préjudice irréparable. Le juge du référé se trouve donc provisoirement saisi. Il faut qu'il interprète le jugement, non pour en régler les effets d'une manière définitive, mais pour ordonner, en attendant le débat sur le fond, la continuation ou la discontinuation des poursuites. Même pouvoir, s'il s'agit de l'exécution d'un acte authentique.

Nous ne pouvons donc approuver ici un arrêt de Bourges, 16 mars 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 82), d'après lequel le juge du référé serait incompétent d'une manière absolue, pour statuer sur le sens à donner au dispositif du jugement, et qui ne lui permettrait de décider que lorsqu'il ne s'élève aucune contestation à cet égard; car alors il suffirait de l'opinion la plus absurde pour rendre toute exécution impossible, comme le fait observer, avec raison, M. Debelleyme, 2e cahier, p. 20, not. 5. D'ailleurs, encore une fois, nul préjudice n'est inféré au fond, et le droit des tribunaux reste entier.

Sans élever d'exceptions de ce genre, la partie contre laquelle l'exécution est poursuivie, prétend avoir formé contre le poursuivant une demande en garantie, en restitution, une action en nullité de l'acte, une opposition au jugement rendu par défaut, enfin avoir fait des offres réelles.

A l'égard de tous ces moyens, qui tendent à détruire la condamnation en elle-même, le juge du référé a, dans sa compétence, un double devoir à remplir : s'assurer que ces faits existent réellement. (Une simple allégation serait insuffisante, aussi bien qu'une plainte non suivie d'une demande au fond comme l'a jugé la Cour d'Orléans, le 30 avril 1819 *J. Av.*, t. 12, p. 599.); s'assurer en second lieu que le moyen de défense est de nature à donner naissance à une discussion sérieuse, et non l'une de ces chicanes par lesquelles il serait toujours si facile d'entraver toute exécution : des offres conditionnelles, une opposition nulle en la forme n'empêcheraient pas la continuation des poursuites, ainsi que l'a décidé, avec raison, la Cour de Paris, les 12 déc. 1820 (*J. Av.*, t. 3, p. 290), et 4 juin 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 115) (1). *Voy.* égale-

(1) [Cette Cour, par suite d'une équivoque qui se retrouve dans d'autres arrêts, a paru admettre que le juge du référé était dans ce cas incompétent, pour faire surseoir aux poursuites. C'est une erreur; s'il agit de cette manière, sa décision est erronée et

ment un arrêt de Paris, 7 mai 1827 (*Gaz. des Trib.* du 11 mai), qui reconnaît au juge du référé le droit de statuer provisoirement sur la validité des actes de procédure qui paralysent l'exécution du jugement.

Enfin si, d'après la partie poursuivie, la dette de l'exécution de laquelle il s'agit, est éteinte par le paiement, la compensation, la novation, l'existence d'une contre-lettre, il faut bien encore, en cas d'urgence, permettre au juge du référé d'examiner la validité des actes sur lesquels on se fonde, pour ordonner, s'il y a lieu, un sursis aux poursuites commencées. *Voy.* Paris, 9 sept. 1812 (*J. Av.*, t. 18, p. 769); DEBELLEYME, 2e cahier, p. 35 et suiv., *Formules* 21, 22, 24 et 25, et RODIÈRE, t. 1, p. 165.

Un autre cas se présente, où la question du fond se trouve plus directement encore engagée devant lui : un tiers revendique des objets saisis qu'il prétend lui appartenir; en ce cas, suivant M. DEBELLEYME, 2e cahier, p. 42, *Formule* 26, dont l'opinion est consacrée par plusieurs arrêts de la Cour de Paris, que cet auteur cite en note, le juge du référé doit voir si la réclamation est *justifiée*, si elle ne l'est pas, si elle présente une difficulté sérieuse; statuer définitivement dans les deux premiers cas, provisoirement dans le troisième. Au contraire, la Cour d'Aix, 1er fév. 1831 (*J. Av.*, t. 43, p. 571), refuse absolument au juge du référé le droit de connaître de cette demande. Quant à nous, ce dernier arrêt nous paraît trop rigoureux; mais nous ne pensons pas, avec M. Debelleyme, qu'il y ait jamais lieu de décider, en référé, si la réclamation d'un propriétaire est ou non justifiée; car ce serait statuer au fond (1). Or, le juge n'a le pouvoir d'examiner le fond que pour statuer sur un seul point : si les poursuites doivent ou non être continuées.

Ce dernier droit, même restreint aux limites que nous indiquons, semble, au premier abord, peu conciliable avec les termes dont se sert le législateur dans l'art. 809 : le principe sur lequel il repose, est repoussé par un assez grand nombre d'arrêts, dont quelques-uns ont déjà été combattus par nous, et dont plusieurs autres sont rapportés sur les questions suivantes, et approuvés généralement par M. Carré (2).

Toutefois l'opinion que nous embrassons ici nous paraît devoir être admise; car, si l'on adoptait le système opposé, et qu'on le suivît dans ses plus rigoureuses conséquences, il serait vraiment impossible de dire quelle est la compétence du juge du référé, sur les difficultés relatives à l'exécution des actes et jugements, ou, pour parler plus exactement, il n'en aurait aucune.

En effet, il n'est point d'hypothèse, en cette matière, où le magistrat ne doive examiner, soit le titre judiciaire ou authentique, soit les actes par lesquels on cherche à en détruire l'effet; pas d'hypothèse où le sursis à l'exécution ne soit l'objet de la demande portée devant lui.

Si donc on lui défend d'une manière absolue d'interpréter ces actes, c'est lui défendre également d'en apprécier le sens : et si la connaissance du fond lui est totalement interdite, comment connaîtra t-il de l'exécution, qui n'en est que la conséquence?

Aussi l'art. 809 dit-il, non pas qu'il doit s'abstenir de connaître le principal, mais qu'il ne doit y faire aucun préjudice, ce qui est bien différent.

---

susceptible d'être attaquée par la voie de l'appel; mais sa compétence est incontestable. Cette distinction est importante, à cause de la solution que nous donnons sur la *Quest.* 2776, relativement aux cas dans lesquels il est permis d'interjeter appel.]

(1) [Ce serait d'ailleurs substituer une forme particulière à celle qui est tracée au titre de la Saisie-revendication, ce qui est interdit au juge du référé, ainsi que nous l'avons dit plus haut.]

(2) [Un arrêt de Bourges, 9 avril 1815 (*J. Av.*, t. 19, p. 187), décide que le juge du référé doit ordonner l'exécution du titre, quelles que soient les difficultés élevées sur le fond de l'acte.]

Pour tout ce qui concerne l'exercice de sa juridiction, c'est-à-dire pour statuer sur la continuation ou la discontinuation provisoire des poursuites, le juge du référé a donc le droit d'examiner les questions que soulève ce débat, d'apprécier, s'il y a lieu, le sens des jugements ou des actes présentés, de faire, en un mot, tout ce qui est nécessaire pour qu'il remplisse convenablement ses fonctions (1).]]

[[**2754** quater. *Un incapable peut-il se pourvoir en référé sans autorisation ni assistance?*

A n'examiner la question que dans ses rapports avec les principes généraux en matière d'incapacité, il semble que la négative ne doive faire l'objet d'aucun doute. Pourquoi, par exemple, la femme mariée, à qui l'art. 215 du Code civil défend, de la manière la plus absolue, d'ester en jugement sans l'autorisation de son époux, serait-elle libre d'introduire à sa volonté un référé, qui est aussi une instance judiciaire ? Quels inconvénients d'ailleurs ne résulteraient pas de l'exercice d'un tel pouvoir attribué à tous les incapables sans distinction, même à ceux qui sont privés de leurs facultés intellectuelles !

Quelque puissantes que paraissent, au premier abord, ces raisons, il nous semble qu'elles doivent céder devant les deux observations suivantes :

1° Le référé suppose l'urgence, c'est-à-dire la nécessité d'une prompte décision ; c'est pour ce motif que la loi affranchit cette procédure de presque toutes les formes prescrites en matière ordinaire. Si l'on n'admet pas également une dispense, pour certaines personnes, des entraves apportées à l'usage de leurs droits; s'il faut attendre pour que les mineurs, les femmes, les communes, etc., puissent introduire un référé, qu'elles soient pourvues d'une autorisation spéciale, dont l'obtention nécessite des retards plus ou moins considérables, il n'y a pas pour elles de référé possible : le préjudice sera accompli avant qu'on ait pu se mettre en mesure de le prévenir.

2° Tous les inconvénients signalés disparaissent, si l'on réfléchit que cette procédure ne porte aucun préjudice *au fond*, qu'elle laisse intacts tous les points litigieux, à raison desquels la loi exige des garanties particulières ; nous avons même vu, sur la question précédente, que le juge du référé est incompétent pour prononcer une condamnation aux dépens. La loi a tracé elle-même cette limite à un pouvoir en quelque sorte indéfini : dès lors, les motifs de la prohibition ne subsistent plus ; elle doit tomber avec eux.

En un mot, une seule considération nous semble nécessaire pour justifier le référé; un seul fait doit par conséquent être apprécié par le président du tribunal, *l'urgence;* s'il la reconnaît et la constate, nous ne croyons pas que le défendeur soit admis a exciper, contre sa partie adverse, d'un défaut d'autorisation ou d'assistance; c'est aussi l'opinion de MM. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 390, et BILHARD, *Des Référés*, p. 289 et suiv. *Voyez* ce que nous avons dit de la *saisie-arrêt,* dans notre tome 4e, pag. 540, *Quest.* 1923 *ter :* il y a une immense différence entre le référé et cette dernière procédure.]]

2755. *Le président du tribunal peut-il, par une ordonnance sur référé, suspendre l'exécution d'un acte authentique et en forme exécutoire?*

La Cour d'Agen, par arrêt du 16 janv. 1810 (Voy. *J. Av.*, t. 18, p. 758),

---

(1) [Il y a quelques analogies à puiser au titre de la Justice de Paix, t. 1er, p. 97, dans notre *Quest.* 101 *bis.*]

s'est prononcée pour l'affirmative. Cette Cour a considéré que, lorsqu'il y a urgence, ou lorsqu'il est question de statuer définitivement sur des difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire, il y a lieu au référé, d'après la disposition textuelle de l'art. 806. Or, dans l'espèce soumise au président, il y avait réellement urgence et difficulté relative à l'exécution d'un titre exécutoire, puisque l'une des parties prétendait qu'il y avait lieu à réduction de la créance dont on entendait poursuivre le paiement par voie de saisie, et que l'autre, sans en convenir, voulait poursuivre l'exécution de son titre, et pour tout le montant de la somme mentionnée : les parties n'étaient donc pas d'accord sur le montant de la somme due; il y avait donc difficulté pour l'exécution du titre, et il y avait urgence en ce que le débiteur prétendu était exposé à des poursuites rigoureuses et pressantes, tandis qu'il était indécis quelle serait la somme dont il se trouverait débiteur.

La Cour a considéré de plus que le président du tribunal de première instance, en suspendant l'exécution, n'avait pas décidé s'il y avait lieu à réduction, mais avait renvoyé les parties à cet égard; qu'il s'était contenté de surseoir à des poursuites qui auraient pu dans la suite occasionner de grandes discussions, et que conséquemment sa décision était fondée sur les principes de la modération et de la sagesse.

Le pourvoi contre cette décision de la Cour d'Agen, a été rejeté par un arrêt de la Cour de cassation, du 5 décembre 1810 (*eod. loc.*), parce que l'obligation dont il s'agissait dans l'espèce était réductible, et qu'ainsi la somme due n'étant pas liquidée, le titre n'était pas exécutoire. D'où nous concluons que, toutes les fois qu'un titre est exécutoire, le juge des référés ne peut, sans excéder ses pouvoirs, en suspendre l'exécution; car il n'est plus permis, ainsi que le fait observer M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 505, not. 3, seconde observation, à moins que la loi ne l'autorise, de surseoir par des arrêts de défenses ou de toute autre manière, à l'exécution des jugements et actes. (*Voy.* la *Question* 2756.)

[[Cette opinion est contraire à la doctrine que nous avons développée sous la question précédente, et à laquelle il nous suffit ici de renvoyer.]]

[[**2755** bis. ***Le juge du référé est-il compétent pour connaître des difficultés qui s'élèvent sur l'exécution d'un acte administratif ou d'un jugement émané des tribunaux administratifs?***

En note de la question précédente, M. Carré exprimait transitoirement une opinion qui nous paraît devoir faire l'objet d'un examen particulier. Voici d'abord sa décision :

« Le juge des référés peut connaître des difficultés élevées sur l'exécution d'un acte émané de l'autorité administrative (Cassat., 7 sept. 1812, *J. Av.*, t. 18, p. 769); mais il excéderait ses pouvoirs, s'il suspendait l'exécution d'un jugement du tribunal de commerce, ou s'il accordait un délai à celui qui s'est laissé condamner purement et simplement. (Paris, 15 germ. an XI.)

« Il en serait de même à l'égard de l'acte administratif. Si, comme nous venons de le dire, le juge des référés peut connaître des difficultés relatives à l'exécution de cet acte, il ne peut du moins suspendre cette exécution. »

Il nous semble assez difficile de concilier avec la solution de M. Carré, le tempérament qu'il y apporte par ses dernières expressions. La connaissance des difficultés nées d'un acte ou d'un jugement administratif, si on l'attribue au juge du référé, implique le droit d'en suspendre l'exécution, s'il y a lieu, c'est-à-dire si l'opposition paraît bien fondée. M. Carré refuse d'admettre cette dernière conséquence, et c'est évidemment avec raison. Le principe de la division des pouvoirs ne permet pas aux tribunaux civils, encore moins à l'un de leurs

membres, investi d'une juridiction spéciale, de réformer ou d'entraver les actes ou décisions administratives : il serait subversif de tout ordre qu'un juge pût, de son autorité privée, mettre obstacle à une mesure ordonnée par l'administration. C'est du reste ce qu'a jugé la Cour de Paris, le 22 mars 1836 (*J. Av.*, t. 50, p. 318 : DEVILL., 1836.2.257), dans une espèce où il y avait doute sur la nature de l'acte ; car, sur le principe en lui-même, il ne peut s'élever la moindre hésitation.

Pour pouvoir résoudre sainement la difficulté soulevée par M. Carré, il faut se reporter à la distinction que nous avons déjà eu l'occasion d'établir, t. 4, p. 528, *Quest.* 1914, entre l'exécution par voie ordinaire des actes administratifs, et leur exécution par la voie administrative : dans le premier cas, le président est toujours compétent pour statuer en référé; dans le second, il ne l'est jamais (1).

Que faut-il donc penser de l'arrêt de Cassation rapporté par M. Carré, et d'après lequel, suivant cet auteur, le juge du référé serait compétent pour connaître des difficultés nées de l'exécution d'un acte administratif? Cet énoncé, il faut le dire, ne rend pas exactement le sens et la portée de la décision de la Cour suprême. Dans l'espèce, un arrêt de Cour royale, statuant en matière administrative, avait été cassé pour excès de pouvoir, et comme cependant l'exécution en était poursuivie, la partie condamnée s'était pourvue en référé, opposant une décision administrative d'où résultait sa libération, et en vertu de laquelle le président du tribunal ordonna la discontinuation des poursuites. La Cour de cassation, sans se prononcer explicitement sur la validité de cette mesure, admit néanmoins qu'elle ne constituait pas une interprétation de l'arrêt mis à néant; nous ajouterons qu'elle ne tranchait pas, à proprement parler, une difficulté née de l'exécution d'un acte administratif. Une partie poursuit l'exécution d'une décision judiciaire; son adversaire oppose que cette décision n'existe plus, et il fait résulter sa libération d'un acte non moins authentique ; le juge du référé se trouve alors dans la même position que si on lui apportait la preuve du paiement, de la novation de la dette, etc.; il constate un fait non douteux et ordonne en conséquence qu'il sera sursis à l'exécution : rien ne nous paraît plus régulier que cette marche.

Ainsi, bien que les contestations sur le régime des eaux rentrent dans la compétence administrative, les Cours de Rouen, 25 avril 1826 (*J. Av.* t. 33, p. 149), et de Poitiers, 16 janv. 1838 (*J. Av.*, t. 54, p. 105 ; DEVILL., 1838.2.249), ont admis avec raison la compétence des juges du référé ; la première, dans tous les cas d'urgence, pour connaître des entreprises faites sur des Cours d'eau ; la seconde, pour statuer provisoirement sur l'exécution d'un titre exécutoire, relatif à une prise d'eau, et leur décision devrait être étendue à tous les cas semblables, c'est-à-dire à tous ceux où les mesures demandées n'empiètent pas sur les droits de l'administration.]]

2756. *Le président du tribunal, jugeant en référé, est-il incompétent, 1° pour connaître de l'exécution d'un jugement, lorsqu'elle se lie à l'interprétation de la loi; 2° pour suspendre cette exécution pendant un délai déterminé?*

Nous estimons, sur le premier point, que l'interprétation d'une loi ne peut appartenir qu'au tribunal seul et non à son président, et, sur le second, que ce

---

(1) [*Voy.* le développement de notre doctrine dans nos Principes de compétence et de juridiction administratives, t. 1, p. 203, n° 731 et suiv.]

magistrat ne peut accorder de délai pour l'exécution d'un jugement, puisque la loi n'a permis l'exercice de cette faveur qu'aux tribunaux.

Ainsi, nous décidons pour l'affirmative la question ci-dessus, comme elle l'a été par arrêt de la Cour de Colmar du 12 août 1807. (*Voy.* S. 15.2.195.)

[[Nous avons également dit, *Quest.* 2754 *bis*, en quel sens, d'après nous, le juge du référé ne pouvait interpréter la loi et surseoir à l'exécution du jugement. Rappelons seulement ici une remarque que nous avons déjà faite : si l'on suit à la rigueur l'opinion émise par M. Carré, sous ce numéro et sous le précédent, que devient le droit du juge du référé, de statuer sur les difficultés relatives à l'exécution des jugements et titres authentiques ?

Quant à la question de savoir si le juge du référé peut suspendre l'effet des jugements pendant un délai déterminé, pour donner au débiteur les moyens d'arriver à sa libération, elle est plus amplement traitée par M. Carré luimême, sous le numéro 2760.]]

[[**2756** bis. *Y a-t-il lieu à référé, sur les difficultés qui s'élèvent lors de l'exécution d'un jugement dont il a été interjeté appel?*

On peut se demander d'abord en quel cas la question doit se présenter, puisque, en règle générale, l'appel est suspensif de l'exécution; mais on suppose, ou que le jugement a été mal à propos qualifié en dernier ressort, et que l'exécution en est poursuivie à ce titre, ou que l'exécution provisoire a été prononcée dans le cas où elle n'est pas autorisée, et *vice versâ*. Les art. 457, 458 et 459 indiquent alors la marche à suivre : c'est par voie de défenses obtenues de la Cour royale, sur assignation à bref délai, que le sursis doit être obtenu. Le président du tribunal est donc, à raison de la nature de ces faits, incompétent pour le prononcer. *Voyez*, en ce sens, Paris, 5 oct. 1815 (*J. Av.*, t. 16, p. 523).

Mais, en dehors des cas que nous venons d'indiquer, il peut arriver encore qu'un jugement soit exécuté nonobstant appel, soit parce que le poursuivant allègue que l'appel a été interjeté après le délai légal, soit parce qu'il prétend qu'il ne lui en a pas été donné valablement signification. Comme alors la Cour royale est incompétente pour accorder des défenses (art. 460), nous pensons que, s'il y a urgence, le juge du référé doit connaître de la contestation, pour ordonner provisoirement la continuation ou la discontinuation des poursuites, et que c'est à tort que la Cour de Limoges, le 20 juill. 1832 (*J. Av.*, t. 45, p. 517 ; DEVILL., 1832.2.594), a décidé le contraire.]]

2757. *Le juge des référés, saisi d'une contestation relative à l'exécution d'un titre exécutoire, excède-t-il ses pouvoirs, lorsqu'après avoir reconnu, en principe, que l'exécution ne peut être paralysée, il décide qu'elle sera continuée jusqu'à la vente des objets saisis exclusivement, et que le débiteur pourra l'arrêter, en déposant à la caisse d'amortissement la somme pour laquelle les poursuites ont eu lieu?*

Mettre un obstacle à la vente des objets saisis, c'est arrêter l'exécution ; ce qui ne peut avoir lieu, d'après ce que nous avons dit en terminant l'examen de la *Quest.* 2657. C'est pourquoi celle que nous venons de poser a été résolue affirmativement, par arrêt de la Cour de Paris, du 21 octobre 1812 (S. 15.2.196), attendu que le juge du référé, saisi de la demande afin d'exécution d'un titre paré, ne pouvait, sous aucun prétexte, paralyser ni modifier l'exécution provisoire qu'il reconnaissait être due à ce même titre.

[[M. DEBELLEYME, 2e cahier, p. 43, *formule* 26, indique la marche critiquée ici par M. Carré, mais dans le cas seulement où la question du fond pré

sente des difficultés sérieuses, et à titre de mesure conservatoire. Il nous paraît certain qu'après avoir reconnu, en principe, que l'exécution de l'acte ou du jugement ne saurait être paralysée, le juge du référé n'a pas plus le droit de suspendre la vente, qu'il n'a celui d'accorder au débiteur un délai pour le paiement, et, en général, de modifier arbitrairement les dispositions de la décision judiciaire dont l'exécution est poursuivie. (*Voy.* notre *Quest.* 2754 *ter.*) Mais lorsque la demande en sursis est fondée sur des moyens sérieux, la mesure actuelle n'est plus qu'un mode de suspension des poursuites, qui, dans certaines circonstances, présentera d'autant plus d'avantages qu'elle infère moins de griefs au poursuivant, auquel elle permet tous les actes d'exécution, moins le dernier et le plus grave, en attendant qu'il soit statué sur le fond.]]

[[**2757** bis. *Le président du tribunal civil qui a, conformément à l'art.*558, *permis à un créancier sans titre de faire une saisie-arrêt à concurrence d'une somme déterminée, peut-il réserver à la partie saisie le droit d'en référer devant lui en cas de contestation?*

Nous avons reconnu, sous la *Quest.* 2754 *ter*, que le président du tribunal jugeant en matière de référé, n'a pas le droit de connaître de débats que la loi réserve expressément à d'autres juridictions; qu'il lui est interdit, par conséquent, de statuer sur une demande en mainlevée de saisie-arrêt, que l'article 567 prescrit de porter devant le tribunal tout entier.

Cette décision, qui n'est que la conséquence rigoureuse d'un principe incontestable, n'a pas été mise en doute en elle-même; mais il nous paraît difficile de la concilier avec un usage introduit par M. le président du tribunal de la Seine (*Voy.* M. Debelleyme, *Ordonnances du président du tribunal*, 2e cahier, p. 50, not. 3), consacré par la jurisprudence récente de la Cour de Paris, 15 fév. 1836; 13 oct. 1836; 22 déc. 1837 (*J. Av.*, t. 54, p. 228; Devill., 1838.2.118); et dont il convient ici de dire quelques mots.

On sait qu'en vertu de l'art. 558, le président du tribunal peut autoriser une saisie-arrêt, de la part de créanciers non munis de titres exécutoires. Pour prévenir les inconvénients qui résultent d'une autorisation donnée sans contradiction possible et sans que le juge ait été mis à même d'en apprécier exactement l'opportunité, le président du tribunal de la Seine, en permettant la saisie à concurrence d'une somme déterminée, réserve au prétendu débiteur le droit d'en référer devant lui en cas de contestation, ce qui par suite donne à ce magistrat la faculté de modifier ou de détruire les effets de son ordonnance, suivant qu'il juge que la saisie doit être levée, ou restreinte à une somme moins considérable.

Pour justifier, en droit, une marche dont nous ne contestons nullement les avantages pratiques, on dit que le président, libre de ne pas autoriser la saisie (Voy. *Quest.* 1931, t. 4, p. 568), l'est à plus forte raison de l'autoriser conditionnellement et sous des restrictions qui enlèvent à cette mesure tout ce qu'elle présente en elle-même de vexatoire et de hasardeux.

Cet argument est spécieux et nous paraîtrait même complétement admissible, si la question se présentait dans les termes qu'il suppose, c'est-à-dire, si le président ne faisait que répondre au créancier dénué de titre : «Prévenez votre prétendu débiteur; assignez-le en référé devant moi; les explications entendues, je jugerai s'il y a lieu d'autoriser la saisie.»

Mais, qu'on le remarque bien, M. Debelleyme va plus loin : il permet de saisir-arrêter par son ordonnance : il use donc du droit que lui attribue l'art 558 et dont les conséquences lui échappent, en vertu de cette même disposition combinée avec l'art. 567; il n'en use, il est vrai, que sous une condition; mais cette condition est-elle licite? Là repose toute la difficulté.

Or, il nous paraît évident qu'en se réservant de statuer en référé sur l'opposition du débiteur, et par conséquent de réduire la somme à concurrence de laquelle la saisie-arrêt a eu lieu, ou même de faire cesser les effets de cette mesure, si les prétentions du créancier sont reconnues mal fondées, le président se réserve très expressément le pouvoir de donner mainlevée entière ou partielle de la saisie; ce qui est manifestement contraire au vœu de la loi.

En un mot, dès que la saisie est effectuée, le président perd toute compétence pour connaître des suites de cet acte : il ne peut se l'attribuer du consentement même des parties; à plus forte raison, de sa propre autorité. Telle est aussi l'opinion de M. ROGER, *De la Saisie-arrêt*, p. 302, n° 506.

Notre déférence pour l'honorable magistrat qui remplit avec tant de supériorité les fonctions aussi laborieuses qu'importantes de président du tribunal civil de la Seine, la conviction même de l'utilité d'une mesure qu'il pratique fréquemment doivent céder devant des textes formels, devant des principes dont il est impossible de méconnaître ici l'application, et qui sont de tous les temps; quand, au contraire, les avantages dus à l'expérience d'un seul homme sont si fragiles et quelque fois si dangereux pour ses successeurs! *Optima lex quæ minimùm arbitrio judicis relinquit.*]]

2758. ***Le juge de référé peut-il statuer sur l'exécution des clauses d'une adjudication, lorsqu'il s'agit de déterminer la priorité entre les créanciers inscrits et un créancier indiqué par l'acte d'adjudication lui-même?***
[[***Peut-il, en général, déterminer la priorité entre saisissants?*** **]]**

Un arrêt de la Cour de Turin (S. 15.2.197; *J. Av.*, t. 18, p. 753; DEVILL., *Coll. nouv.*, 3.2.112) a décidé que, dans l'espèce de la question ci-dessus, le président avait outrepassé les bornes étroites des ses attributions comme juge de référé. A ce sujet, M. Coffinières fait observer avec raison que l'art. 806 permet de se pourvoir en référé *dans tous les cas d'urgence*, et lorsqu'il s'agit de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire; que, sous l'un et l'autre rapport, il n'y avait pas lieu, dans cette espèce, à l'application de cet article, puisqu'on ne pouvait dire qu'il y eût urgence, dans le sens de la loi. (*Comm.*, p. 265.)

[[Si la Cour de Turin ne s'était fondée que sur cette dernière considération, elle n'aurait rendu qu'une décision d'espèce, peu importante à recueillir; mais elle a jugé que le président, statuant en référé, avait commis un excès de pouvoir : 1° en interprétant les clauses du contrat dont un créancier poursuivait l'exécution; 2° en décidant si le débiteur se trouvait ou non en demeure pour le paiement du prix, et s'il était en droit de le retarder par suite de circonstances particulières. C'étaient là sans doute des questions de fond, et sur lesquelles il n'était pas permis au juge du référé de rendre une décision définitive ni même directe; mais il pouvait, d'après nous, s'appuyer sur ces faits pour ordonner la discontinuation provisoire des poursuites. (*Voy.* notre *Quest.* 2754 *ter.*)

La Cour de Turin n'a pas résolu la question de savoir si le juge du référé peut, en cas d'urgence, déterminer la priorité entre saisissants. Sur ce point, nous n'hésitons pas à embrasser l'affirmative, avec M. DEBELLEYME, 2e cahier, p 47, *Formule* 29. Il ne s'agit effectivement pour lui que de constater si une saisie-exécution est antérieure à l'autre, ou plus ample, quoique postérieure en date, ou bien en état par l'indication de la vente. C'est là un point de fait qu'il lui est permis de constater, puisque provision est due au titre, la faculté d'appeler de son ordonnance étant d'ailleurs réservée aux parties.]]

2759. *Le créancier hypothécaire qui veut prendre des mesures conservatoires relativement aux fruits de l'immeuble hypothéqué, et à une époque très rapprochée de celle de leur exploitation, peut-il se pourvoir en référé devant le président du tribunal?*

La Cour de Rome a jugé négativement cette question, le 16 juill. 1811 (S. 14.2.189, et *J. Av.*, t. 4, p. 309), attendu que l'urgence pour laquelle le président est autorisé à juger en référé doit être si marquée, qu'elle ne puisse admettre l'audience ordinaire du tribunal, même avec le bénéfice du bref délai, et que telle n'était pas l'urgence de la cause.

Cette décision a été rendue contre les conclusions de M. l'avocat général, qui maintenait que, dans le cas particulier de la cause, on ne devait admettre aucune distinction entre la signification des mots *urgence* et *célérité*. Mais, par les motifs que nous avons développés au *Comment.*, p. 265, nous croyons l'arrêt de la Cour de Rome conforme aux principes de la compétence en matière de référé. (*Voy.* aussi l'arrêt de la Cour de Liége du 13 janv. 1809, S. 9.2.295, et *J. Av.*, t. 18, p. 750; DEVILL., *Coll. nouv.*, 3.2.6.)

[[Il a été jugé par cet arrêt de la Cour de Liége que l'épouse demanderesse en séparation de corps ne peut se pourvoir en référé pour faire ordonner le séquestre des récoltes pendantes par racines sur ses biens personnels. Voy. aussi notre *Quest.* 2754 *bis.*]]

2760. *Le débiteur qui n'a pas requis terme et délai, lors des condamnations prononcées contre lui, peut-il se pourvoir en référé, pour obtenir un sursis aux exécutions faites à la requête de son créancier?*

Par arrêt du 30 août 1809 (Voy. *J. Av.*, t. 1, p. 199), la Cour de Colmar a décidé que, d'après l'art. 122, les tribunaux ne pouvaient accorder un terme au débiteur que par le jugement même qui a statué sur la contestation, et qu'ainsi un débiteur condamné par un jugement confirmé sur l'appel ne pouvait, en formant opposition aux poursuites, se présenter de nouveau devant les premiers juges et obtenir des termes pour le paiement.

Par application des mêmes principes, la Cour de Paris a jugé négativement, le 11 avril 1810; (DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.2.254), la question que nous venons de poser.

[[M. DEBELLEYME, 2e cahier, p. 14, not. 2, s'élève contre l'opinion soutenue ici par M. Carré : « Comment, dit-il, refuser un court délai au débiteur, s'il a déjà payé un à-compte sur un billet, des loyers, le prix d'un fonds de commerce, etc., et s'il offre un nouvel à-compte au moment de la saisie, en *offrant* de solder le reliquat dans un bref délai, lorsqu'il est évident que le retard n'expose le créancier à aucun préjudice ? »

Comme on le voit, toutes les circonstances propres à rendre plausible, équitable même, dans la pratique, la solution de M. Debelleyme, se trouvent réunies dans cette observation. Nous répéterons, comme nous l'avons déjà dit sous notre *Quest.* 2754 *bis*, qu'il ne s'agit pas ici, pour le juge du référé, de statuer provisoirement au fond, mais bien de modifier une disposition du jugement, ou, pour mieux dire, d'en adoucir la rigueur, ce qui est contraire aux principes que nous avons exposés; car, comment ce que le tribunal lui-même ne pourrait accorder, lorsque le jugement est rendu, dépendrait-il de la volonté d'un seul magistrat ?

Cette opinion a donc été repoussée, avec raison, par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 777; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 394; RODIÈRE, t. 1, p. 165, et par la Cour de Toulouse, les 1er août 1829 (*J. Av.*, t. 39, p. 175), et 29 nov.

1832 (*J. Av.*, t. 44, p. 230; DEVILL., 1833.2.446), ainsi que par deux arrêts de Paris, rapportés par M. Debelleyme lui-même, *loco citato*. Peu importe d'ailleurs qu'il s'agisse de jugements rendus par un tribunal civil ou par un tribunal de commerce.]]

2761. *Peut-on se pourvoir en référé pour faire statuer sur l'opposition à un commandement à fin de saisie immobilière? Et si l'opposant, en prenant cette voie pour se faire accorder un sursis, se pourvoyait aussi devant le tribunal civil pour faire statuer sur le mérite de son opposition, le président devrait-il ordonner le sursis sans préjuger le fond?*

Ces deux questions ont été jugées pour l'affirmative, par arrêt de la Cour de Turin du 30 juill. 1810 (S. 15.2.297, et *J. Av.*, t. 18, p. 756; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.2.317); mais nous ne voyons pas qu'il y eût urgence dans l'espèce où elles se sont présentées.

[[L'urgence pouvait résulter de la nature des poursuites dirigées contre le débiteur : ainsi, sous ce rapport, l'observation de M. Carré nous paraît manquer de portée. Quant au point de savoir si l'opposition à un commandement donne lieu au référé, nous l'avons explicitement résolu dans le sens de l'affirmative, sous notre *Quest.* 2754 *ter*; le commandement peut être irrégulier, nul en la forme, etc. Il est bien évident d'ailleurs que le juge du référé ne peut en ordonner la nullité, ni se prononcer sur le mérite de l'opposition (1). Mais, le fait de l'opposition constaté, le président peut suspendre les poursuites et décider, en renvoyant les parties à l'audience, que toutes choses demeureront en état.

Cette marche, conforme aux principes de la matière, résulte également de deux arrêts de Bordeaux, 30 avril 1829, et 25 nov. 1836 (*J. Av.*, t. 39, p. 199, et t. 53, p. 417), *Voy.* aussi M. DEBELLEYME, 2e cahier, p. 12, *formule* 5.]]

2762. *Peut-on porter en référé une demande ayant pour objet, 1° de faire accorder une provision à la veuve dont les reprises ne sont pas liquidées; 2° de faire une distribution de deniers entre les créanciers du défunt, avant qu'il ait été procédé à l'inventaire; 3° de proroger le délai accordé pour la confection de cet inventaire?*

Oui, d'après un arrêt de la Cour de Paris du 11 fruct. an XIII (S. 15.2.198, *J. A.*, t. 18, p. 744), attendu que jusqu'à la confection de l'inventaire d'une succession, les premiers juges ont toujours le droit de statuer en référé sur toutes les mesures provisoires qui peuvent intéresser la veuve, les héritiers et les créanciers. Mais ici, comme sur la question précédente, nous ferons observer qu'il nous semble que, dans l'espèce, il n'y avait pas encore véritablement urgence, dans le sens que nous avons dit être celui de l'art. 806.

[[En matière de pension alimentaire, il y a lieu à référé par cela seul qu'il y a urgence, comme l'ont jugé les Cours de Pau, 5 janv. 1837 (*J. Av.*, t. 55, p. 689), et de Toulouse, 21 août 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 675; DEVILL., 1840.2.470), et nonobstant l'avis de M. RODIÈRE, t. 1, p. 166. Le juge du référé est donc compétent pour accorder une provision, lorsque nul retard n'est possible, et ce point nous paraît incontestable : mais lorsqu'il s'agit de faire une distribution de deniers avant l'inventaire, ou de proroger le délai accordé pour

---

(1) [Il est clair que cette opposition doit être portée devant le tribunal lui-même, dans les formes ordinaires, et non devant le juge du référé, comme on pourrait l'induire de quelques expressions de M. Carré. *Voy.* t. 5, p. 722, notre *Quest.* 2422 *bis*.]

la confection de cet acte, nous pensons, avec M. Carré, que l'urgence ne peut être invoquée, et que le tribunal doit être saisi de l'action : que si, dans le second cas, l'héritier bénéficiaire a laissé écouler presque entièrement le temps que lui accordait la loi sans former la demande en prorogation, il ne doit s'en prendre qu'à lui-même des résultats fâcheux qu'entraînerait sa négligence.]]

2763. *Pourrait-on porter en référé une demande tendant à la nomination d'un notaire pour procéder à un inventaire?*

Oui, d'après un arrêt de la Cour d'Orléans du 19 mai 1808 (S. 15.2.206).

Cet arrêt décide en outre que semblable demande doit être portée en référé devant le président du tribunal de l'ouverture de la succession, et non devant le tribunal entier. (*Voy.* art. 944.)

[[Ce dernier point est incontestable. *Voy.* notre *Quest.* 2764 *quater.*

Quant à celui de savoir si le président peut nommer un notaire pour procéder à un inventaire, il nous paraît que ces expressions de l'art. 806, *Dans tous les cas d'urgence*, impliquent à la fois et la validité de cette nomination et la condition à laquelle elle est subordonnée. *Voy.* au surplus notre *Quest.* 2754 *ter*, et notre titre de la Levée des scellés.]]

[[**2763** bis. *Peut-on se pourvoir en référé pendant la durée de la contestation?*

M. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 492, ne le pense pas; et la raison qu'il en donne, c'est que l'art. 806 n'indique le référé comme devant avoir lieu qu'avant toute contestation ou après le jugement intervenu, et sur son exécution. Cependant s'il se présentait un cas de référé après que l'action a été intentée, mais avant la constitution d'avoué, le même auteur autorise cette voie de recours; lorsque l'avoué a été choisi, il enseigne que les parties n'ont plus d'autre moyen de se pourvoir qu'une demande incidente formée à l'audience. Tel paraît être aussi l'avis de M. Dalloz, t. 11, p. 516.

Il nous est impossible d'admettre une restriction qui n'est ni dans les termes ni dans l'esprit de la loi. *Dans tous les cas d'urgence*, dit l'art. 806, *il y a lieu à référé;* et de cela seul que l'urgence se présente dans le cours d'un débat, nous ne concevons pas pourquoi cette voie de recours serait interdite. Si, en vertu du même titre à raison duquel l'action a été intentée, une partie se croit en droit de procéder à certains actes d'exécution, si un incident nouveau et imprévu nécessite une prompte solution judiciaire, pourquoi s'opposer aux intentions si formelles de la loi, et retomber dans les inconvénients qu'elle voulait éviter par l'établissement de formes plus rapides? C'est surtout dans les cas d'urgence extrême, prévus par l'art. 809, qu'une demande incidente formée contre avoué paraît tout à fait insuffisante pour remplacer le référé. Le président renverra donc pour le principal au tribunal saisi de la demande et statuera par provision, dans la limite de ses pouvoirs. Nous ne pensons point du reste qu'il se soit jamais, dans la jurisprudence, élevé de difficultés sérieuses à cet égard. La Cour de Liége, le 16 fév. 1813 (*J. Av.*, t. 18, p. 772), nous paraît avoir résolu la question dans le sens que nous adoptons ici. Tel est également l'avis de M. Rodière, t. 1, p. 166.]]

2764. *Peut-on se pourvoir en référé devant la Cour d'appel, lorsqu'il s'agit de l'exécution d'un arrêt émané de cette Cour?*

L'art. 806, dit M. Coffinières (*Voy.* J. C. S., t. 5, p. 71), n'attribue juridiction, en matière de référé, qu'au président du tribunal de première instance.

D'un autre côté, ce même article ne parle que des difficultés auxquelles peut donner lieu l'exécution d'un jugement, et cette qualification ne convient plus aujourd'hui aux décisions émanées des Cours souveraines.

Ainsi, dans l'espèce de la question proposée, le président de première instance serait incompétent, selon cet arrêtiste, puisqu'il ne s'agit pas de l'exécution d'un jugement, et le président de la Cour royale serait également incompétent, puisqu'il n'est pas juge en matière de référé. Dans cette alternative, dit-il, on doit se reporter à l'art. 472, qui détermine les cas où l'exécution d'un arrêt appartient au tribunal de première instance, et ceux où elle appartient à la Cour d'appel. Dans les premiers cas, la compétence du tribunal lui-même déterminerait celle du président comme juge de référés, il en serait ainsi dans toutes les circonstances où la loi attribue une juridiction spéciale au tribunal dans le ressort duquel l'exécution a eu lieu.

Dans les autres cas, on se pourvoirait en appel, non devant le président, puisqu'il n'exerce seul aucune juridiction, mais devant la Cour elle-même, qui statuerait à l'audience, dans un bref délai, sur les difficultés relatives à l'exécution de son arrêt.

Telle est la solution que donne M. Coffinières sur la question que nous avons posée, et qui est d'autant plus importante qu'il est vrai, comme il le dit, qu'aucun auteur ne l'a examinée, et qu'aucun arrêt ne l'a résolue depuis l'émission du Code. Mais il cite une décision de la Cour de Paris, du 5 prairial an XI, par laquelle cette Cour, dans une espèce où il s'agissait de faire prononcer sur une mainlevée d'opposition formée à une saisie faite en vertu d'un de ses arrêts, se déclara compétente pour statuer en état de référé, attendu qu'il s'agissait de l'exécution d'un arrêt émané d'elle.

Nous ne saurions partager l'opinion de M. Coffinières, et nous ferons observer, premièrement, qu'on ne peut tirer aucune induction en sa faveur de ce que la qualification de jugement ne convient plus aujourd'hui aux décisions des Cours souveraines : il est certain que le législateur, dans l'art. 806, a compris sous le mot *jugement*, comme il l'a souvent fait ailleurs, non-seulement les décisions des tribunaux inférieurs, mais encore celles des juges souverains. Ici il emploie le mot *jugement*, comme on l'emploie généralement pour indiquer sans distinction toute décision judiciaire, c'est-à-dire comme une expression générique : c'est ainsi, par exemple, que les dispositions du livre 5 de la 2e part. du Code s'appliquent tant aux jugements qu'aux arrêts, encore bien que ce titre soit intitulé DE L'EXÉCUTION DES JUGEMENTS.

Secondement, M. Coffinières prend pour base de la compétence en matière de référé l'art. 472. Mais remarquons que cet article porte *que si le jugement est infirmé, l'exécution appartiendra à la Cour d'appel qui aura prononcé, ou à un autre tribunal qu'elle aura indiqué par le même arrêt*, sauf les cas où la loi attribue juridiction.

Ce sera donc, suivant la doctrine de M. Coffinières, ou à la Cour, si elle s'est réservé l'exécution, ou au président du tribunal qu'elle aura indiqué, que l'on devra porter en référé les cas où, comme le dit l'art. 806, il s'agira de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution de l'arrêt. Mais ne sera-ce pas évidemment contrarier le but du législateur, qui a voulu faire statuer le plus promptement possible sur les contestations susceptibles d'être jugées en référé, que d'obliger la partie qui éprouve quelque obstacle dans une exécution qu'elle poursuivrait peut-être à une distance considérable du lieu où siégerait la Cour ou le tribunal par elle indiqué, de se pourvoir vers cette Cour ou vers le président de ce tribunal ? La Cour de Rennes, par exemple, exerce sa juridiction souveraine jusqu'à près de quatre-vingts lieues de cette ville : peut-on soutenir raisonnablement qu'il faille, si elle a réservé l'exécution de son arrêt, porter en référé devant elle la décision des obstacles qui arrêteraient

l'exécution de cet arrêt; circonstances dans lesquelles, pour nous servir des expressions du conseiller d'Etat Réal (*Voy.* édit. de F. Didot, p. 225), le délai d'un seul jour, et même le délai de quelques heures, peuvent être la source des plus grandes injustices, et causer des pertes irréparables ?

Et puisque l'article ouvre la voie d'appel contre les ordonnances de référé, a-t-il pu entrer dans les vues du législateur de priver en ce cas les parties d'un second degré de juridiction, sur une contestation qui peut être du plus grand intérêt pour elles?

Nous ne pouvons croire qu'une opinion qui présenterait de telles contradictions entre ce qu'a voulu la loi et ce qui serait réellement puisse être fondée.

Mais on objectera qu'en adoptant cette opinion nous laissons l'art. 472 sans application. Cette objection ne serait pas fondée : cet article recevra son application toutes les fois qu'il s'agira de décider, pour l'exécution du jugement, quelque chose qu'il laisse à faire; par exemple, une liquidation de dépens, de dommages-intérêts, une reddition de compte, une réception de serment, etc., etc., d'autres points qui ne seraient pas du nombre de ceux qui doivent être portés en référé, vu l'urgence. (*Voy.* notre *Quest.* 1700, t. 4. p. 234.)

Nous trouvons, au reste, dans l'art. 472 lui-même, un puissant appui en faveur de notre opinion. Cet article excepte du principe que l'exécution appartient en général au tribunal qui a rendu le jugement, les cas où la loi attribue juridiction : or, il nous semble incontestable qu'en matière de référé, il y a attribution de juridiction au président du tribunal du lieu où l'exécution se poursuit, suivant le principe *locus regit actum.*

[[Cette opinion, combattue par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 493, et DALLOZ, t. 11, p. 545, a été rejetée par les Cours de Paris, 20 août 1810, et de Colmar, 10 nov. 1813 (*J. Av.*, t. 18, p. 757 et 773), qui ont décidé que le référé sur l'exécution d'un arrêt doit être porté devant la Cour qui l'a rendu ou le tribunal qu'elle a délégué.

Tel paraît être aussi l'avis de M. DEBELLEYME, 2e cahier, p. 9, *Formule* 4. Il nous semble, quant à nous, que les principes développés sous la *Quest.* 2754 *ter*, résolvent la difficulté dans le sens de la doctrine de M. Carré, et détruisent en même temps l'objection la plus sérieuse qu'on lui oppose, nous voulons dire l'objection tirée des termes de l'art. 472. Nous ne prétendons pas en effet que le président du tribunal civil soit compétent, plus que le tribunal lui-même, pour connaître de l'exécution d'un arrêt infirmatif, et nous repousserions un système qui entraînerait à cette conséquence; mais il faut s'attacher à la règle qui détermine et limite à la fois les pouvoirs du juge du référé. Ses décisions ne portent pas préjudice au fond, n'empiètent nullement sur les attributions des juridictions ordinaires; leur cause est l'urgence, leur effet est essentiellement provisoire : or, les mêmes raisons qui permettent à ce magistrat de statuer sur des contestations qui, au fond, relèvent des tribunaux de première instance, sans que l'on puisse dire qu'il blesse les principes fondamentaux de compétence, doivent également l'autoriser à statuer de la même manière sur les difficultés relatives à l'exécution d'un arrêt. Il n'usurpe pas plus, en ce cas, les fonctions de la Cour royale que, dans les autres, celles du tribunal civil; il prévient un préjudice irréparable, en attendant que les juges compétents soient appelés à se prononcer : il remplit, par conséquent, le but de son institution.

Ce qui prouve que la loi, comme le dit M. Carré, *attribue juridiction* au président du tribunal, c'est l'impossibilité même qu'il en soit autrement. Devant qui, en effet, se pourvoira-t-on en référé, si ce n'est devant lui? Les auteurs et les arrêts précités reconnaissent que ce n'est point devant le président de la Cour, qui n'a pas mission pour cela. Ils en concluent que c'est devant la Cour tout entière; mais alors, nous le demandons, l'objet du référé n'est-il

pas complétement manqué? Que deviennent cette promptitude et cette simplicité, si nécessaires en cas d'urgence, dans un débat porté devant des magistrats souvent très éloignés du lieu de l'exécution, devant une chambre réunie comme s'il s'agissait de juger une contestation ordinaire?

Sans doute, comme nous le disons sur la *Quest.* 2764 *quater*, il est des cas où le président peut refuser de juger seul le référé; mais c'est là une faculté que lui laisse la loi, et dont il n'usera pas, lorsque les circonstances exigeront une décision immédiate : si, au contraire, dans l'hypothèse que nous discutons ici, le débat est toujours et nécessairement porté devant la Cour, les inconvénients signalés sont inévitables aussi bien qu'évidents.

De ces observations, nous sommes en droit de conclure qu'en désignant le président du tribunal civil pour connaître du référé, l'art. 807 lui attribue juridiction, et que cette juridiction, dont nous avons déjà déterminé les limites et le véritable caractère, s'étend à tous les cas sans distinction; d'où il suit que c'est à ce magistrat à résoudre provisoirement les difficultés urgentes nées de l'exécution d'un arrêt, sauf à renvoyer au principal devant la Cour qui l'a rendu.

MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 777, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 393, ont adopté cette opinion, confirmée par arrêts de Bordeaux, 17 juill. 1827 (*Journ.* de cette Cour, t. 2, p. 355) et de Paris, 12 oct. 1837 (*J. P.*, 1837. 2.526).]]

ART. 807. La demande sera portée à une audience tenue à cet effet par le président du tribunal de première instance, ou par le juge qui le remplace, aux jour et heure indiqués par le tribunal.

Tarif, 29.— [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 285, n°s 2 à 5.] — Edit du mois de janvier 1685, art. 9. — Règl. du 30 mars 1808, art. 57. — Cod. proc., art. 553. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Référé*, n°s 1 à 6, 56 à 70. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n°s 18 à 34. — Devilleneuve, *eod. verb.*, n°s 26 à 36. — Locré, t. 22, p. 499, n° 119.

QUESTIONS TRAITÉES : Quel est le tribunal de première instance dont le président est compétent pour connaître de la demande en référé? *Q.* 2764 *bis.* — Le juge du tribunal appelé à statuer sur le référé doit-il mentionner dans l'ordonnance, à peine de nullité, qu'il remplit ces fonctions en remplacement du président ou du juge le plus ancien? *Q.* 2764 *ter.* — Le magistrat compétent pour statuer en référé peut-il, s'il le juge convenable, en renvoyer la connaissance au tribunal tout entier? *Q.* 2764 *quater.* — Peut-on, sans permission préalable du juge, porter une demande à l'audience ordinaire des référés? *Q.* 2765. — La demande en référé peut-elle être formée par requête d'avoué à avoué? Sinon, dans quelle forme doit-elle être introduite? *Q.* 2766. — Les parties sont-elles suffisamment intimées à l'effet de comparaître devant le juge du référé, par le renvoi que fait le juge de paix en leur présence, aux termes de l'art. 921, à l'occasion des opérations du scellé? *Q.* 2766 *bis.* — Le délai nécessaire entre l'assignation et l'audience des référés est-il fixé par la loi, ou laissé à l'arbitrage du juge? *Q.* 2767. — L'assistance des avoués est-elle de rigueur dans les contestations portées en référé? *Q.* 2768. — Le ministère public doit-il assister aux audiences ordinaires de référé? *Q.* 2769.]

[[**2764** bis. *Quel est le tribunal de première instance dont le président est compétent pour connaître de la demande en référé?*

La loi ne s'explique pas formellement à ce sujet, et il résulte de son silence une difficulté réelle, dont les principes généraux, en matière de compétence, ne peuvent pas faciliter la solution. Le tribunal compétent est-il celui qui doit connaître du fond de l'affaire, c'est-à-dire le tribunal du domicile du défendeur et de la situation de l'immeuble, en matière personnelle et réelle? Lorsqu'il s'agit de l'exécution d'un jugement, est-ce le tribunal qui l'a rendu? Mais il s'agit ici d'une instance particulière et dont les formes ne sont point celles qui sont communément prescrites; c'est ce que nous verrons notamment en ce qui concerne le délai de l'assignation (*Quest.* 2767); que faut-il décider à l'égard du juge appelé à en connaître?

Il est facile de puiser une règle d'analogie dans les termes de l'art. 554,

d'après lequel, s'il s'élève, sur l'exécution des actes et jugements, des difficultés qui *requièrent célérité*, le tribunal *du lieu* y statuera provisoirement, réservant aux juges compétents la connaissance du fond. De quelque manière que l'on entende cet article, il est certain qu'il prévoit un cas de référé, et qu'il attribue juridiction au tribunal *du lieu*, c'est-à-dire, comme on l'a vu sous la *Quest.* 1915, au président de ce tribunal. Si cela est vrai, pour l'exécution des jugements et actes, pourquoi ne le serait-ce pas à l'égard des autres cas d'urgence, de ceux même où la connaissance du principal appartient aux juges du domicile du défendeur? Remarquons que la raison de décider est la même dans l'une et l'autre hypothèse : il s'agit toujours de prévenir, par des mesures provisoires, un préjudice imminent, irréparable. Comment ce but serait-il rempli, s'il fallait s'adresser à un juge peut-être très éloigné, qui ne serait pas à même d'apprécier les inconvénients, qui n'aurait pas d'ailleurs le temps de les prévenir? Cette considération nous paraît sans réplique.

On objecterait vainement que le tribunal du lieu est incompétent pour connaître du fond de l'affaire ; car il ne l'est pas moins pour statuer provisoirement sur les difficultés nées de l'exécution d'un acte judiciaire, et cependant l'art. 554 lui attribue juridiction dans ce cas. Nous avons déjà, sous la *Quest.* 2764, établi suffisamment la portée des ordonnances de référé, et nous avons tiré de cette explication une conséquence qui concorde parfaitement avec notre décision actuelle.

A la vérité, la Cour de Pau, le 31 août 1837 (*J. Av.*, t. 56, p. 303; DEVILL., 1839.2.468), a jugé, dans un cas de référé, qu'il y avait lieu à se pourvoir devant le tribunal du domicile du défendeur, *conformément aux règles générales sur la compétence,* dit cet arrêt; mais il admet aussitôt une exception, celle qui est fondée sur *la nécessité*, et c'est précisément notre raison de décider; car le référé suppose l'urgence, par conséquent *la nécessité* d'une prompte solution. L'arrêt précité ne contredit donc pas notre doctrine.

Il se trouve, il est vrai, des cas de référé où l'urgence n'a pas besoin d'être constatée, où elle résulte d'une présomption de droit, comme nous l'avons dit sous la *Quest.* 2754 *bis :* ce sont tous ceux où la loi indique elle-même ce mode de procéder, et c'est dans une espèce de ce genre (contestation sur la délivrance d'une seconde grosse) qu'a été rendue la décision précitée de la Cour de Pau. Il est certain que notre solution ne s'applique qu'à défaut d'une attribution formelle de la loi, et dans l'hypothèse d'une absolue nécessité; s'il en était autrement, il serait incontestable que les principes généraux devraient reprendre leur empire, et le président du tribunal du lieu, renvoyer devant qui de droit. *Voy.* un autre arrêt de Pau, 5 janv. 1837 (*J. Av.*, t. 55, p. 589).

Notre avis est partagé par M. RODIÈRE, t. 1, p. 167.]]

[[**2764** ter. *Le juge du tribunal appelé à statuer sur le référé doit-il mentionner dans l'ordonnance, à peine de nullité, qu'il remplit ces fonctions en remplacement du président ou du juge le plus ancien?*

C'est un principe constant en jurisprudence que tout jugement auquel ont participé, à défaut des magistrats titulaires, les personnes indiquées par la loi pour les remplacer, doit faire mention de ce fait et de l'ordre dans lequel ces personnes ont été appelées à y concourir, à peine de nullité du jugement. Il semble que cette règle devrait souffrir quelques modifications en matière de référé où l'art. 807 n'attribue pas une compétence exclusive au président du tribunal, mais appelle à son défaut, pour connaître de toutes les affaires de cette nature, le juge qu'il a désigné. Nous pourrions, à l'appui de la même opinion, tirer une induction d'un arrêt de Toulouse, du 13 juill. 1827 (*J. Av.*,

t. 34, p. 48), qui décide, dans une matière analogue, qu'il n'est pas indispensable que le juge qui signe une ordonnance sur requête mentionne l'empêchement du président; toutefois, la doctrine contraire a été adoptée par les Cours de Colmar, 11 nov. 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 273), et de Bourges, 7 avril 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 574; Devill., 1832.2.353; 1833.2.79). Ces décisions se fondent sur l'art. 47 du règlement du 30 mars 1808 qui statuent que, dans le cas d'empêchement du président investi spécialement des fonctions de juge de référé, il doit être suppléé par le plus ancien des juges, ce qui semble attribuer juridiction à tous deux, et ne permet, par conséquent, ni au premier de se décharger sur le second, ni à celui-ci d'en appeler un troisième, sans que les motifs de l'empêchement soient constatés dans le jugement. Ces principes, en thèse générale, nous paraissent incontestables; mais lorsqu'un juge a été désigné d'avance pour tenir les audiences de référé, nous ne croyons pas qu'il soit dans l'obligation de constater, à chaque jugement, qu'il remplace le magistrat investi par la loi de ces fonctions, puisque l'attribution lui en a été légalement transférée.]]

[[**2764** quater. *Le magistrat compétent pour statuer sur le référé peut-il, s'il le juge convenable, en renvoyer la connaissance au tribunal tout entier ?*

La Cour de Poitiers, le 18 janv. 1825 (*J. Av.*, t. 28, p. 78), a décidé que le président du tribunal, investi par la loi du pouvoir de statuer en référé, n'a pas le droit de se dessaisir de sa juridiction en faveur de personnes non appelées, et cet avis paraît, au premier abord, assez conforme aux principes fondamentaux, en matière de compétence. Il faut cependant remarquer que l'usage de renvoyer au tribunal tout entier, dans les questions délicates où le juge de référé sent le besoin de s'éclairer par la discussion, usage d'ailleurs parfaitement sage et prudent, existait antérieurement à la promulgation du Code de procédure qui n'y a point dérogé; loin de là, l'art. 60 du décret du 30 mars 1808 prévoit formellement le cas où le président renverrait les référés à l'audience et attribue la connaissance de ces causes à la chambre où ce magistrat siége habituellement, à moins qu'il n'en ait autrement disposé. Ajoutons que cet usage est adopté par tous les tribunaux, et notamment par le tribunal de la Seine; il est approuvé par MM. Thomine Desmazures, t. 2, p. 394; Boitard, t. 3, p. 391 et 399; Bilhard, p. 75; Rodière, t. 1, p. 167, et a été consacré par les Cours de cassation, 6 mars 1834 (*J. Av.*, t. 47, p. 465), et de Pau, 31 août 1837 (*J. Av.*, t. 56, p. 304; Devill., 1839.2.468) (1).

V. au surplus la *Quest.* 2874.]]

2765. *Peut-on, sans permission préalable du juge, porter une demande à l'audience ordinaire des référés ?*

Selon les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 57, il faut commencer par présenter au président une requête expositive des causes qui requièrent célérité, et obtenir permission d'assigner, soit à l'audience, soit au domicile du juge, parce que, disent ces auteurs, dans leur jurisprudence sur la procédure, t. 3, p. 358 et 359, si, pour introduire un référé, il n'était pas nécessaire d'obtenir cette

(1) [Il est d'ailleurs certain, comme l'a jugé la Cour de Paris le 18 sept. 1812 (*J. Av.*, t. 19, p. 439), que les parties ne pourraient pas porter le référé devant le tribunal, au lieu de s'adresser au président lui-même. La compétence de ce dernier est absolue, et le renvoi facultatif de sa part.]

permission, on pourrait porter à l'hôtel du président ou à l'audience des référés des contestations qui devraient être soumises à l'audience ordinaire du tribunal. A l'appui de cette opinion, ils citent M. PIGEAU, t. 1, p. 110, et un arrêt de la Cour de Paris du 7 juin 1809 (*Voy.* S. 12.2.289, et *J. Av.*, t. 18, p. 751).

A ce sujet, M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 378, not. 7, fait observer, 1° que M. Pigeau exprime tout le contraire; et, en effet, cet auteur dit qu'on ne prend pas de permission du juge lorsqu'on veut porter la contestation à l'audience des référés, et que cette permission n'est prescrite que pour assigner en son hôtel; 2° qu'on ne voit pas si le référé dont il est question dans l'arrêt de la Cour de Paris était ou n'était pas dans l'espèce où la permission est nécessaire. Mais nous devons dire que l'espèce de ce même arrêt est rapportée dans la *Jurisprudence des Cours souveraines*, par M. COFFINIÈRES, t. 5, p. 80, en termes qui annoncent que l'on s'était pourvu à l'audience : il aurait donc décidé la question dans le sens des auteurs du *Praticien*.

Mais M. SIREY, t. 15, p. 198, et le *J. Av.*, t. 2, p. 234, rapportent un arrêt de la Cour de Montpellier du 6 août 1810, qui a résolu la question conformément à l'avis de M. Pigeau, attendu que la loi, en établissant les référés, n'a pas voulu les confondre avec les assignations à bref délai, auxquelles ils seraient entièrement assimilés, si, pour assigner à l'audience des référés, il était besoin de la permission du président ; décision à laquelle nous croyons que l'on doit accorder la préférence, par suite de la distinction que le Code a faite aux art. 806 et 807, entre les assignations à donner à l'audience ordinaire et celles à donner en l'hôtel du juge, et pour lesquelles seulement il exige une permission.

[[MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 493, DALLOZ, t. 11, p. 546; FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 777; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 395; BOITARD, t. 3, p. 39 ; BILHARD, p. 561, et DEVILLENEUVE, dans sa *Collect. nouv.* (note sur l'arrêt précité du 7 juin 1809), se sont prononcés en faveur de l'opinion de M. Carré, consacrée d'ailleurs par arrêts de Pau, 21 mai 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 701), et d'Amiens, 16 août 1825 (*J. Av.*, t. 31, p. 282). Nous ne connaissons, en faveur de la doctrine contraire, d'autre autorité que celle de M. BIRET, *Traité des nullités*, t. 2, p. 270, qui se fonde sur ce que, aux termes de l'art. 808, le président ou celui qui le représente permet d'assigner, *soit à l'audience*, soit à son hôtel, ce qui implique, d'après cet auteur, la nécessité de l'autorisation dans tous les cas. Ce raisonnement porte sur une équivoque qu'il est facile de faire disparaître. Les audiences de référé sont de deux natures, suivant le degré d'urgence : les audiences ordinaires, celles dont parle l'art. 807, sont fixées d'avance comme celles des tribunaux, et nous ne voyons pas pourquoi les parties devraient demander au magistrat la permission de s'y présenter. Il est évident que cette permission est de droit, qu'elle est la conséquence de la fixation faite par le tribunal. Quant aux audiences extraordinaires, nécessitées par un degré supérieur d'urgence, comme elles sont ordonnées par le seul juge de référé à raison d'un fait spécial, on comprend qu'elles ne peuvent avoir lieu qu'avec l'autorisation de ce magistrat, et c'est là simplement ce que l'art. 808 a voulu dire. Du reste, nous ne croyons pas que, même dans cette dernière hypothèse, le président, sur la demande en assignation à bref délai, ait le droit d'examiner le mérite des faits sur lesquels elle repose ; puisque ce serait anticiper par là sur le jugement qu'il doit rendre, lors de l'audience tenue à cet effet. M. BILHARD, *loco citato*, semble cependant dire le contraire ; mais notre opinion est confirmée par un arrêt de Bordeaux du 16 janv. 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 90).

De ces explications il résulte que, dans l'un et l'autre cas, les citations en référé qui n'impliquent, de la part du juge qui doit connaître du débat, aucune décision définitive ni interlocutoire, ne suspendent nullement l'exécution à

laquelle elles ont pour objet de s'opposer : c'est au défendeur de voir si elles sont fondées, et si, par conséquent, il n'encourrait pas de dommages-intérêts, dans le cas où il passerait outre à l'exécution. La Cour de Caen, le 10 avril 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 326), a rendu un arrêt conforme à ces principes.]]

2766. *La demande en référé peut-elle être formée par requête d'avoué à avoué?* [[*Sinon, dans quelle forme doit-elle être introduite?*]]

Non sans doute, puisque l'art. 807 n'autorise point la requête d'avoué à avoué, et que, toutes les fois que la loi ne donne point une telle autorisation, il faut en venir aux règles générales d'après lesquelles nul ne peut être appelé en justice que par assignation donnée à personne ou à domicile. C'est ce que prouve, d'ailleurs, l'art. 808, qui, dans l'espèce à laquelle il se rapporte, exige que le défendeur soit *assigné*, et ce qui a été jugé, d'ailleurs, par l'arrêt de la Cour de Paris du 7 juin 1809, cité sur la précédente question.

[[MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 777; DALLOZ, t. 11, p. 549; BOITARD, t. 3, p. 397, et BILHARD, p. 558, enseignent également et avec raison que le défendeur doit être assigné comme en matière ordinaire, devant le juge du référé. *Voy.* encore notre *Comm. du Tarif*, t. 2, p. 286, n°s 2 et 5. Les formes de cette assignation, d'après M. Boitard, doivent être en général celles que prescrit l'art. 61, sauf en ce qui concerne la constitution d'avoué et l'étendue du délai (*voy.* nos *Quest.* 2767 et 2768); c'est en conformité des mêmes principes que M. DEBELLEYME, 2e cahier, p. 5, *Formule* 1re et note 3, engage les parties à énoncer dans la citation, les nom, prénoms, domicile et profession du demandeur, ainsi que ceux du défendeur, le nom et l'immatricule de l'huissier, enfin la date du jour et l'exposé du fait.

La Cour de Rennes, le 23 janvier 1818 (*J. Av.*, t. 18, p. 780), a aussi jugé que l'assignation doit, à peine de nullité, être signifiée à personne ou à domicile.

Cette dernière condition nous paraît effectivement de rigueur. Quant aux autres, la nécessité de leur accomplissement dépend surtout de leur utilité, et non des règles de l'art. 61, inapplicable par induction, quant aux nullités qu'il prononce. Si donc, sur le vu de la citation, le juge du référé est convaincu que la partie défenderesse n'a pas été suffisamment avertie, il doit annuler cet acte (1), et s'il ne le fait pas, sa sentence doit, par cela seul, tomber devant la Cour d'appel. C'est au demandeur à s'imputer les conséquences d'un retard auquel sa négligence ou sa mauvaise foi ont seules donné lieu.]]

[[**2766** bis. *Les parties sont-elles suffisamment intimées à l'effet de comparaître devant le juge du référé, par le renvoi que fait le juge de paix en leur présence, aux termes de l'art.* 921, *à l'occasion des opérations du scellé?*

L'affirmative paraît résulter d'un arrêt d'Orléans du 4 juin 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 189), qui nous semble d'ailleurs avoir voulu plutôt juger équitable-

(1) Il est certain, 1° que le juge peut annuler d'office la citation, comme l'a décidé la Cour de cassation, 29 avril 1828 (*J. Av.*, t. 5, p. 531), pour le cas où une partie est assignée en référé, dans un débat qui ne comporte pas cette marche tout exceptionnelle; 2° que la nullité de l'assignation entraîne celle de l'ordonnance; Rennes, 23 janv. 1818 (*J. Av.*, t. 18, p. 780).]

ment une espèce qu'établir une règle formelle. Dans l'affaire soumise à cette Cour, on opposait à l'appelant du jugement en référé une fin de non-recevoir, prise de ce qu'il n'aurait pas été partie dans l'instance où il n'avait pas comparu; et c'est pour écarter cet obstacle que la Cour faisait résulter sa participation au débat de sa présence constatée au procès-verbal de renvoi. Quoi qu'il en soit, il nous paraît impossible d'admettre que le fait de ce renvoi suffise pour mettre toutes les parties en cause devant le juge de référé, sans assignation particulière. Cette conséquence est contraire aux principes que nous avons exposés sous la question précédente, contraire même aux plus simples règles d'équité; car il est évident que, par le renvoi qu'a ordonné le juge de paix, les parties ne sont averties ni du jour où le débat sera vidé en référé, ni de la qualité et des prétentions définitives de leurs adversaires. La Cour de Douai, 25 mars 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 9), en annulant, dans ce cas, la sentence rendue, nous paraît donc s'être conformée à l'esprit de la loi.]]

2767. *Le délai nécessaire entre l'assignation et l'audience des référés est-il fixé par la loi, ou laissé à l'arbitrage du juge?*

Voici comment M. THOMINE DESMAZURES, p. 293, s'exprime sur cette question : « Le président du tribunal, ou un autre juge désigné par le tribunal, doit tenir, à jour et heure fixés, une audience particulière pour les référés; on y traduit une partie, *sans autre délai que l'intervalle du moment à ce jour-là;* on l'y appelle, ou par simple exploit (*voy.* la *Quest.* 2766), ou même en réponse sur l'exploit qu'elle signifie; par exemple, sur le procès-verbal de saisie qu'elle fait faire. »

Cette opinion a été équivalemment consacrée par l'arrêt de la Cour de Montpellier du 6 août 1810, rapporté sur la *Quest.* 2765. Cette Cour a considéré que la loi n'a fixé nulle part des délais précis entre la citation et l'audience de référé; qu'elle n'en a point prescrit à peine de nullité; que l'art. 807 dit, au contraire, que la cause sera portée à l'audience; ce qui doit naturellement s'entendre de la première audience; qu'il est de la nature des référés d'être soumis au moins de formalités possible et de lever promptement les difficultés qui peuvent s'élever sur l'exécution des jugements; d'où il suit que la loi a laissé à l'arbitrage du juge le soin de décider si le délai qui s'est écoulé entre la citation et l'audience a été *moralement* suffisant.

Mais M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 488, combat cette doctrine par les raisons suivantes : Si l'art. 72 *fixe à huitaine, pour ceux qui demeurent en France, le délai ordinaire des ajournements,* on ne trouve dans aucun des articles du titre des référés une disposition qui ait dérogé à ce principe, qui, au contraire, paraît implicitement confirmé par l'art. 808, puisque cet article exigeant une permission pour assigner à bref délai en l'hôtel du juge, dans le cas d'une grande urgence, suppose que, hors de ce cas, il faut assigner au délai ordinaire. Et, en effet, ajoute l'auteur, s'il en était autrement, la faculté que donne l'art. 808 serait presque sans objet, et ses dispositions seraient en grande partie inutiles. Il conclut en conséquence qu'il faut, même en matière de référé, observer le délai de huitaine ou avoir la permission du juge pour assigner à un délai plus court.

Cette opinion ne nous semble pas devoir être adoptée; déjà elle a contre elle un usage généralement suivi; mais elle est évidemment repoussée par l'esprit qui a présidé à l'institution des référés, et par ces expressions de l'orateur du gouvernement, déjà citées au commentaire général de ce titre, p. 263, *il est des circonstances dans lesquelles le délai d'un seul jour et même le délai de quelques heures peuvent être la source des plus grandes injustices et causer*

des pertes irréparables. Nous convenons que l'art. 808 prévoit des cas où l'on peut assigner à *bref délai*; mais nous ne saurions en conclure, avec M. Demiau-Crouzilhac, que, hors de ces cas, on doive assigner au délai ordinaire de huitaine. Il nous semble que, dans ce dernier article, le législateur a considéré comme un délai ordinaire celui qui s'écoulerait jusqu'au jour fixé pour l'audience des référés, et qu'en permettant d'assigner à *bref délai*, il n'a entendu exprimer autre chose, si ce n'est que l'on pourrait assigner, sauf la permission du juge et en son hôtel, lorsque l'urgence serait telle qu'on ne pourrait attendre l'audience ordinaire.

[[Il est incontestable que, dans les cas régis par l'art. 808, c'est-à-dire dans les cas d'urgence extrême, la fixation du délai dépend de la volonté du juge, appréciateur du temps nécessaire aux parties pour se présenter devant lui, sans mettre en péril les intérêts à raison desquels il est fait appel à sa juridiction ; mais lorsqu'il s'agit des référés portés à l'audience, en vertu d'une assignation, on peut douter que la partie demanderesse ait, relativement à la fixation du délai, le même droit que le juge, dans le cas de l'art. 808, et que nulle règle à ce sujet ne lui soit imposée. Cependant, l'opinion de M. Demiau-Crouzilhac, quoique confirmée par un arrêt de Bourges, 13 juillet 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 102), est restée isolée dans la doctrine et aucun auteur n'a soutenu qu'il fût nécessaire, en matière de référé, de laisser un intervalle de huit jours entre la citation et la comparution devant le président du tribunal. MM. BOITARD, t. 3, p. 397, et BILHARD, p. 594, enseignent cependant qu'il doit s'écouler au moins un jour entre ces deux actes, par analogie de l'art. 416 ; mais toute induction à cet égard nous paraît défectueuse. L'art. 807 ne fixe pas de délai, parce qu'ici tout doit dépendre des circonstances. Si l'urgence est grande, qu'une audience de référé soit ouverte le jour même ou le lendemain, et que les parties soient assez rapprochées les unes des autres pour qu'elles puissent y comparaître, pourquoi annullerait-on la citation, sous prétexte de l'insuffisance d'un délai que la loi ne fixe pas, mais qu'elle abandonne, comme nous venons de le dire, aux exigences des faits? Si le temps accordé au défendeur pour comparaître est véritablement insuffisant, c'est au juge à apprécier ce point et à ordonner, s'il y a lieu, une réassignation (1). A l'appui de cette doctrine, nous pouvons invoquer l'autorité de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 777; DALLOZ, t. 11, p. 549; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 395, et celle de deux arrêts récents; Pau, 31 août 1837 (*J. Av.*, t. 56, p. 304), et Paris, 25 octob. 1838 (*J. Av.*, t. 56, p. 303).]]

2768. *L'assistance des avoués est-elle de rigueur dans les contestations portées en référé?*

Suivant M. DELAPORTE, t. 2, p. 376, l'assignation en référé doit contenir constitution d'avoué. et tel est aussi le sentiment de M. LEPAGE dans ses *Questions*, p. 536. Il en donne pour raison qu'il est établi en principe général, par le Code de procédure, qu'on ne peut d'aucune manière procéder devant un tribunal ordinaire sans l'assistance de ces officiers : d'où il suit que, pour qu'il en fût autrement en matière de référé, il faudrait une exception formelle qui n'a point été prononcée.

M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 489, maintient, au contraire, que l'assistance des avoués n'est pas de rigueur; que les parties peuvent se défendre elles-

(1) [Le demandeur pourra suivre la même marche, si, au lieu d'assigner sa partie adverse à l'audience, dans le cas de l'art. 807, il l'a assignée à l'hôtel du président, *V.* THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 395.]

mêmes. Un huissier, dit-il, qui est interrompu dans une exécution, peut, sur son procès-verbal, assigner le débiteur devant le juge des référés, et faire à ce magistrat le rapport des obstacles qu'on lui oppose ; et il suffit alors que copie de ce procès-verbal ait été laissée au débiteur, pour qu'il soit valablement assigné, et pour que le juge prononce, tant en l'absence qu'en la présence de ce dernier, sur le seul rapport de l'huissier, garanti par son procès-verbal.

Cette opinion de M. Demiau-Crouzilhac est conforme à l'usage et nous paraît l'être à l'esprit de la loi. A Paris, et dans plusieurs villes, les parties se présentent à l'audience des référés sans être assistées d'avoués ; et dans les cas mêmes où celles-ci les chargent de leurs intérêts, dans les contestations qui sont portées en référé, ce sont ordinairement les jeunes gens qui suivent les études qui plaident ces sortes de causes ; ce qui leur fournit une occasion de se préparer aux discussions du barreau.

[[Ajoutons qu'une décision du ministre des finances, en date du 2 déc. 1807 (*J. Av.*, t. 18, p. 718), enjoint aux conservateurs des hypothèques de comparaître eux-mêmes en référé, lorsqu'ils y sont appelés. L'usage de se présenter et de se défendre en personne ou par un mandataire quelconque est d'ailleurs approuvé par MM. Favard de Langlade, t. 4, p. 778 ; Dalloz, t. 11, p. 549 ; Boitard, t. 3, p. 397 ; Bilhard, p. 560, 607 et 629, et Debelleyme, 2e cah., p. 5, not. 2, ainsi que par un arrêt de Toulouse, 4 juin 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 122.). On peut donc considérer la doctrine et la jurisprudence comme fixées sur ce point. Ce qui doit, au surplus, écarter tous les doutes, c'est qu'en matière de référé, il n'est alloué aux avoués aucun émolument pour consultation, correspondance ou plaidoiries. (*Voy.* notre *Comment. du Tarif*, t. 2, p. 289, n° 19.)]]

2769. *Le ministère public doit-il assister aux audiences ordinaires de référé?*

Oui, dit M. Demiau-Crouzilhac, *ubi suprà*, mais sans donner aucun motif à l'appui de cette assertion. L'usage est contraire, et nous ne croyons pas qu'il soit en opposition avec la loi, puisque, d'un côté, nulle disposition du Code n'exige la présence du ministère public, et que, de l'autre, le décret du 30 mars 1808 n'en parle pas davantage, et se borne à dire, art. 57, que *le président du tribunal tiendra l'audience des référés, à laquelle seront portés tous référés pour quelque cause que ce soit.* Au reste, nous ne verrions aucune utilité réelle dans la présence du ministère public, puisque les ordonnances de référé ne faisant aucun préjudice au principal, les intérêts auxquels il est chargé de pourvoir ne peuvent souffrir aucune atteinte.

[[C'est aussi l'avis de M. Dalloz, t. 11, p. 519, et le nôtre. Il a été sanctionné par un arrêt d'Orléans, 4 juin 1823 (*J. Av.*, t. 18, p. 784).]]

Art. 808. Si néanmoins le cas requiert célérité, le président, ou celui qui le représentera, pourra permettre d'assigner, soit à l'audience, soit à son hôtel, à heure indiquée, même les jours de fêtes ; et, dans ce cas, l'assignation ne pourra être donnée qu'en vertu de l'ordonnance du juge, qui commettra un huissier à cet effet.

Tarif, 76. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 286, nos 6 à 10.] — Cod. proc. civ., art. 49, n° 2, et 554. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Référé*, nos 64 et 73. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n° 27. — Locré, t. 22, p. 499, n° 119.

Questions traitées : Comment se demande la permission d'assigner à bref délai ? *Q.* 2770. — Les assignations à bref délai doivent-elles être signifiées par un huissier commis, à peine de nullité ? *Q.* 2770 *bis*.]

2770. *Comment se demande la permission d'assigner à bref délai?*

D'après l'art. 76 du Tarif, elle se demande par une requête qui ne peut être grossoyée, et dans laquelle on expose les motifs pour lesquels on réclame cette permission, que le président ne doit accorder que lorsque ces motifs sont graves. (*Voy.* DELAPORTE, t. 2, p. 377 ; arrêt de Montpellier, 6 août 1810; *J.Av.*, t. 2, p. 243).

Il ne faut pas oublier, d'après cet arrêt, que ce n'est que dans le cas de célérité que la loi et le tarif exigent la permission du juge pour assigner en référé. On a cependant prétendu qu'elle était nécessaire pour toutes espèces de référés; et, à ce sujet, l'on a cité M. PIGEAU, t. 1, p. 110, et un arrêt de Paris du 7 juin 1809 (*Jurisp. sur le Code de procéd.*, t. 3, p. 357). Mais, comme le remarque M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 378, à la note, M. Pigeau dit tout le contraire, et l'on ne voit point si le référé dont il est question dans l'arrêt de Paris était ou n'était pas urgent.

[[*Voy.* sur ce dernier point notre *Quest.* 2765, où la difficulté se trouve examinée et résolue.

Quant aux formes dans lesquelles doit être demandée la permission d'assigner à bref délai, le texte de l'art. 76, § 14 du tarif est tellement exprès que nous ne concevons pas qu'il ait pu s'élever quelques difficultés à cet égard. M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 396, enseigne cependant que la demande peut être faite verbalement ou par cédule motivée, et sans l'assistance d'avoués, mais cette opinion ne nous semble appuyée sur aucun motif sérieux. La forme de la requête prescrite par la loi doit donc être exclusivement employée, comme le dit M. BOITARD, t. 3, p. 398. *Voy.* aussi notre *Comment. du Tarif*, t. 2, p. 286, n°s 7 et suivants.

Du reste, il est certain que le magistrat qui délivre en son hôtel une ordonnance dans cette forme est juge souverain de l'urgence, et que l'assistance du greffier n'est pas nécessaire, comme l'a jugé la Cour de Toulouse, 13 juill. 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 48), et comme le décide M. DEBELLEYME, 2e cah., p. 7, not. 2; car cette ordonnance n'est pas destinée à devenir une minute du greffe.]]

[[**2770** bis. *Les assignations à bref délai doivent-elles être signifiées par un huissier commis, à peine de nullité?*

« Cette commission d'huissier, dit M. DEBELLEYME, 2e cah., p. 7, not. 1, est nécessaire pour assurer le dépôt de la minute au greffe, et, sans elle, la responsabilité du greffier serait compromise; l'administration de l'enregistrement se plaindrait avec raison de la disparition des minutes répertoriées et non soumises à l'enregistrement. L'huissier assure aussi l'enregistrement de la minute et ne la confie aux officiers que sur récépissé. »

Il résulte de ces observations que le juge ne peut se dispenser de commettre un huissier, et que l'inobservation de cette formalité entraînerait la nullité de l'assignation, comme l'a jugé la Cour de Bourges, le 7 avril 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 571; DEVILL., 1833.2.79), et par suite de l'ordonnance, bien que l'art. 808 ne prononce pas expressément cette peine.]]

ART. 809. Les ordonnances sur référés ne feront aucun préjudice au principal; elles seront exécutoires par provision, sans caution, si le juge n'a pas ordonné qu'il en serait fourni une.

Elles ne seront pas susceptibles d'opposition.

Dans les cas où la loi autorise l'appel, cet appel pourra être inter-

jeté, même avant le délai de huitaine, à dater du jugement; et il ne sera point recevable, s'il a été interjeté après la quinzaine, à dater du jour de la signification du jugement.

L'appel sera jugé sommairement et sans procédure.

Tarif, 29, 149. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 287, nos 11 à 14.] — Cod. proc. civ., art. 135, 449, 455, 811. — [Notre Dict. gén. de proc., vo *Référé*, nos 78 à 99.— Arm. Dalloz, *cod. verb.*, nos 68 à 82.— Devilleneuve, *cod. verb.*, nos 30 à 41.— Locré, t. 22, p. 330, no 4; p. 501, no 120, et p. 605, no 47.

QUESTIONS TRAITÉES : Le juge du référé peut-il ordonner qu'il sera fourni caution, lorsque le jugement dont l'exécution est demandée ne la prononce pas? *Q.* 2770 *ter*. — Le juge du référé doit-il exprimer le délai dans lequel la caution, s'il ordonne d'en fournir une, sera présentée et contestée? *Q.* 2770 *quater*.—Le juge des référés est-il obligé de motiver son ordonnance? *Q.* 2771.—De ce que les ordonnances sur référé ne sont pas sujettes à l'opposition, s'ensuit-il que cette voie soit interdite contre les arrêts par défaut qui statuent sur l'appel de ces ordonnances? *Quid* du défaut joint? *Q.* 2772. — Mais du moins l'opposition ne serait-elle pas admissible contre un jugement rendu par défaut sur le renvoi du juge de référé à l'audience? *Q.* 2773. — Les parties intéressées qui n'auraient pas été appelées à l'audience pourraient-elles former tierce opposition à l'ordonnance? *Q.* 2773 *bis*. — Le mot *jugement*, dans l'art. 809, suppose-t-il qu'il faille, pour que l'on puisse appeler de l'ordonnance sur référé, que le tribunal entier ait rendu un jugement sur cette ordonnance? *Q.* 2774. — Les jugements rendus en état de référé, par le tribunal entier, sont-ils, quant à l'appel, assujettis aux règles prescrites pour les ordonnances? *Q.* 2775.—Les ordonnances et les jugements de référé ne sont-ils sujets à l'appel qu'autant que l'objet litigieux excède la valeur jusqu'à concurrence de laquelle les tribunaux de première instance sont autorisés à prononcer en dernier ressort? *Q.* 2776. — L'appel d'une ordonnance de référé doit-il, comme l'appel ordinaire, être signifié à personne ou au domicile réel de la partie? *Q.* 2776 *bis*.—Le délai de quinzaine, fixé par l'art. 809 pour l'appel des ordonnances de référé, est-il de rigueur? Le jour de la signification et celui de l'échéance doivent-ils être compris dans le terme? *Q.* 2776 *ter*. — La Cour, sur l'appel d'une ordonnance de référé, peut-elle statuer sur des conclusions au fond, prises devant elle pour la première fois? *Q.* 2776 *quater*. — Y a-t-il lieu de se pourvoir en cassation contre une ordonnance de référé, à raison de l'inobservation des lois? *Q.* 2776 *quinquies*. (1)]

DXXVII. En ordonnant l'exécution provisoire des ordonnances sur référé, en les soustrayant à la voie d'opposition, l'art. 809 empêche en même temps les abus qui pourraient en résulter par cette disposition, d'après laquelle *les ordonnances ne font aucun préjudice au principal*; que, par conséquent, elles sont essentiellement provisoires; qu'elles ne peuvent jamais devenir définitives que par un jugement d'audience; d'où il suit qu'elles n'ont aucune influence sur le droit des parties au principal, et qu'on ne peut se prévaloir contre l'une d'elles de ce qu'elle aurait exécuté, sans réserves, l'ordonnance rendue par le juge des référés. (Voy. *l'Exposé des motifs*, par M. le conseiller d'Etat Réal, édit. de F. Didot, p. 226; PIGEAU, t. 1, p. 108; THOMINE DESMAZURES, p. 294.)

[[Ces décisions sont incontestables : la Cour de Colmar, le 30 juill. 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 270), a jugé que l'acquiescement donné par les parties à une ordonnance de référé ne les prive pas du droit d'en interjeter appel; mais cet arrêt repose sur un motif différent : sur ce que les ordonnances de référé sont exécutoires par provision, et nonobstant toute voie de recours.]]

[[**2770** ter. *Le juge du référé peut-il ordonner qu'il sera fourni caution, lorsque le jugement dont l'exécution est demandée ne la prononce pas?*

La négative sur cette question, adoptée par un jugement du tribunal de Troyes, le 29 déc. 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 381), nous paraît incontestable.

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

N'est pas susceptible d'opposition l'ordonnance qui commet un avoué pour la notification d'un contrat d'acquisition, dans le cas prévu par l'art. 832, Cod. proc. civ. — C'est là une ordonnance de référé; Cassat., 13 fév. 1839 (*J. Av.*, t. 57, p. 601).]

L'art. 809 semble, il est vrai, attribuer sur ce point un pouvoir discrétionnaire au juge du référé. Mais cette disposition suppose évidemment que les choses sont entières, que le point de savoir si une caution doit ou non être fournie n'a pas été décidé par le tribunal. Au contraire, lorsque le jugement, sur l'exécution duquel est intervenu le référé, a jugé que cette caution est inutile en ne l'ordonnant pas, il n'appartient point au président du tribunal de subordonner la continuation des poursuites à l'accomplissement de cette condition ; ce serait ajouter au jugement, ce qui n'est permis ni aux magistrats qui l'ont rendu, ni, à plus forte raison, à celui qui statue en référé.

On comprend du reste qu'il en serait autrement si la caution était imposée, non à celui qui exécute la décision judiciaire, mais à celui contre qui elle est exécutée et à raison d'un avantage qui lui serait attribué par le juge du référé. La raison de cette différence se conçoit assez facilement pour qu'il soit inutile d'insister sur ce point.]]

[[**2770** quater. *Le juge du référé doit-il exprimer le délai dans lequel la caution, s'il ordonne d'en fournir une, sera présentée et contestée?*

Non, d'après M. DEBELLEYME, 2e cah., p. 6, not. 3; comme l'exécution est subordonnée à l'accomplissement de cette condition, la partie n'est tenue de la remplir que lorsqu'elle veut exécuter. Cette opinion ne nous paraît pas susceptible de controverse, l'art. 809 ne prescrivant rien à cet égard.]]

2771. *Le juge du référé est-il obligé de motiver son ordonnance?*

On trouve au Recueil de M. SIREY, t. 3, p. 438, un arrêt de la Cour de Paris du 10 frim. an XI, qui a décidé affirmativement cette question sous l'empire de la loi du 24 août 1790, attendu que l'ordonnance sur référé a tous les caractères d'un jugement ordinaire, qui, aux termes de l'art. 5 du titre 15 de cette loi, devait contenir les motifs qui l'ont dicté; mais M. PIGEAU, t. 2, p. 107, prouve, à notre avis, que si, comme la loi de 1790, l'art. 141 du Code de procédure exige que les jugements contiennent les motifs sur lesquels ils sont fondés, il ne concerne néanmoins que les décisions rendues à l'audience par le tribunal entier, et auxquelles seules la qualification de jugement appartient.

Néanmoins, nous croyons que les juges de référé font très bien de motiver leurs ordonnances; car si l'on venait à décider que le mot *jugement*, dans l'art. 141, désigne toute décision judiciaire, quelle qu'elle soit, il y aurait à craindre que le défaut de motifs n'emportât nullité, conformément aux observations que nous avons faites sur la *Quest.* 594, t. 1, p. 711.

[[Comme M. Carré admet implicitement, sur la *Quest.* 2775, l'opinion que nous avons soutenue nous-même, *Quest.* 2764 *ter*, relativement au droit du président de renvoyer la connaissance du référé au tribunal siégeant en audience ordinaire, il est certain que, dans ce cas, tout au moins, il y aurait *jugement*, et, par conséquent, obligation de le motiver. M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 398, établit une autre distinction entre les décisions émanées du juge du référé : suivant cet auteur, il y a simplement ordonnance de sa part, lorsqu'il procède à une nomination d'administrateur ou à tout autre acte de ce genre, sur la demande de toutes les parties. Il y a jugement lorsque, sur une contestation, il intervient une mesure provisoire et d'urgence. M. THOMINE DESMAZURES, se fonde, pour établir cette distinction, sur ce que la loi se sert, tantôt du terme de *jugement* (art. 809, 2e alinéa), tantôt de celui d'*ordonnance* (même article, au commencement).

Il ne nous paraît pas que la loi ait voulu attacher à ces deux expressions un

sens distinct; que l'on considère la qualité et le nombre des juges qui ont rendu la décision, ou la nature des actes ordonnés par eux. Cette décision tient effectivement et de l'ordonnance, par ses formes, et du jugement, par ses effets. Elle implique un débat, une entrave à l'exécution, une contradiction nécessaire, car pour le cas où les parties se présentent d'un commun accord devant le juge de référé pour réclamer de lui la nomination d'un notaire ou d'un administrateur quelconque, on conçoit que le caractère essentiel de sa juridiction ne consiste pas dans de tels actes, mais dans ceux qui supposent une difficulté véritable. Quant à ceux-ci, l'ordonnance de référé est toujours par le fait un jugement, et nous pensons, avec MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 778, et DALLOZ, t. 11, p. 549, qu'elle doit être motivée. *Voy.* également les *Formules* de M. DEBELLEYME, 2ᵉ cahier. Ajoutons encore que, dans certains cas, l'appel est permis, et qu'alors le juge d'appel doit être mis en position d'apprécier les motifs qui ont déterminé le premier juge.]]

2772. *De ce que les ordonnances sur référé ne sont pas sujettes à l'opposition, s'ensuit-il que cette voie soit interdite contre les arrêts par défaut qui statuent sur l'appel de ces ordonnances?* [[Quid *du défaut joint ?*]]

La Cour de Bruxelles s'est prononcée pour la négative, par arrêts des 15 mai et 17 août 1807 (Voy. *Jurisp. de la procéd.*, t. 1, p. 280; et le *Nouveau Répert.*, au mot *Opposition*, § 3, art. 10, p. 707), attendu, 1° que la disposition de l'art. 809 n'est relative qu'aux ordonnances de référés rendues par le président du tribunal de première instance; 2° que le même article ordonne qu'en cas d'appel, l'affaire sera jugée *sommairement* et sans procédure; 3° qu'outre que l'opposition est recevable contre les arrêts par défaut rendus en *matière sommaire*, il ne peut être tiré aucune conséquence de la partie de l'article précité, relative à la procédure par-devant le juge de première instance, à ce qui doit être pratiqué en instance d'appel.

[[Les auteurs sont unanimes dans ce sens; *Voy.* MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 378, nᵒˢ 10 et 397; MERLIN, *Répert.*, vᵒ *Opposition*, art. 8; FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 778; DALLOZ, t. 11, p. 551; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 399; BOITARD, t. 3, p. 402, *Voy.* une question identique, au titre de l'*Arbitrage*.

Par les mêmes motifs nous décidons, contrairement à un arrêt de la Cour de Bordeaux du 24 juill. 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 605), que le défaut-joint doit être prononcé, lorsqu'il y a plusieurs parties assignées devant la Cour, et que l'une d'elles fait défaut. (*Voy.* aussi notre *Quest.* 2423 *decies*, au titre de la *Saisie immobilière.*)]]

2773. *Mais du moins l'opposition ne serait-elle pas admissible contre un jugement rendu par défaut sur le renvoi du juge de référé à l'audience?*

Pour l'intelligence de cette question, nous devons faire observer que le président, après avoir entendu, soit les deux parties, dans leurs plaidoiries respectives, soit l'une d'elles seulement, si l'autre laisse défaut, statue provisoirement sur la cause ou renvoie purement et simplement les parties à se pourvoir au principal à l'audience du tribunal, ou les renvoie pour y être jugées *en état de référé.*

Dans le premier cas, c'est celui où le président juge que la cause est du nombre de celles sur lesquelles la loi permet de prononcer en référé; nul doute, d'après l'art. 809, que l'opposition est interdite.

Dans le second cas, qui est l'opposé de celui-ci, et où le président ne trouve pas que la cause soit de sa compétence, l'ordonnance qu'il rend à cet effet n'est point encore susceptible d'opposition de la part du défaillant qui croirait

avoir à se plaindre de ce renvoi ; il n'aura contre elle que la voie d'appel. (*V.* PIGEAU, t. 1, p. 109.) Mais le jugement qui par suite interviendrait, sera évidemment sujet à opposition, puisque, étant rendu au principal, il ne s'agit plus d'une décision sur référé.

Dans le troisième cas, c'est-à-dire lorsque le juge, convaincu d'ailleurs que l'affaire est de nature à être jugée en référé, lui trouve des difficultés qu'il croit prudent de soumettre aux lumières de ses collègues, l'affaire conserve sa nature ; elle est conséquemment instruite sommairement, comme elle l'eût été devant le président, et la décision qui intervient doit être assimilée en tous points à l'ordonnance du président, puisqu'elle la remplace : d'où il suit que si cette décision est rendue par défaut, la voie d'opposition n'est pas ouverte au défaillant. (*Voy.* PIGEAU, t. 1, p. 109, et DEMIAU-CROUZILHAC, p. 490.)

[[Cette décision nous paraît incontestable.]]

[[**2773** bis. *Les parties intéressées qui n'auraient pas été appelées à l'audience de référé pourraient-elles former tierce opposition à l'ordonnance?*

Les Cours de Paris, 19 fév. 1812 (*J. Av.*, t. 18, p. 767), et de Toulouse, le 10 juill. 1827 (*J. Av.*, t. 35, p. 91), ont accordé ce droit aux parties qui n'auraient pas été mises en cause, et attribué la connaissance de l'opposition au tribunal tout entier. Cette attribution de compétence nous paraît erronée ; car si l'opposition est ouverte, elle doit, conformément aux principes généraux, être portée devant le tribunal qui a connu de l'action, c'est-à-dire, devant le juge du référé : MM. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 398, et BILHARD, p. 756, autorisent la tierce opposition de la part de ceux qui se croiraient lésés par le jugement. Selon nous, la personne à qui l'ordonnance rendue est de nature à occasionner un préjudice immédiat doit se pourvoir elle-même en référé, à moins qu'elle ne préfère attendre le jugement du fond. Un arrêt de Bordeaux, du 24 juill. 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 605), a implicitement admis ces principes, qui sont du reste conformes à l'opinion que nous avons émise sous la *Question* 1709.]]

2774. *Le mot* JUGEMENT, *dans l'art.* 809, *suppose-t-il qu'il faille, pour que l'on puisse appeler de l'ordonnance sur référé, que le tribunal entier ait rendu un jugement sur cette ordonnance?*

Tous les commentateurs du Code ont résolu cette question pour la négative, soit d'une manière formelle, soit implicitement, et leur décision a été consacrée par plusieurs arrêts (1).

Ainsi, l'on doit tenir pour certain que c'est par inadvertance que le mot *jugement* a été employé dans l'article au lieu du mot *ordonnance.* (*Voy.* le *Tarif*, art. 149.)

[[*Voy.* nos observations sur la *Quest.* 2771.]]

2775. *Les jugements rendus* EN ÉTAT DE RÉFÉRÉ, *par le tribunal entier, sont-ils, quant à l'appel, assujettis aux règles prescrites pour les ordonnances?*

Oui, sans contredit, d'après ce que nous avons dit sur la *Quest.* 2773. Ainsi,

---

(1) *Voy.* trois arrêts de Turin (S. 10.2. 279, et 15.2.198.199) ; deux autres de Poitiers, des 16 fév. et 16 oct. 1807 (S. 15.2. 199), enfin un arrêt de la Cour de Riom du 16 déc. 1808 (*Jurisp. sur la proc.*, t. 3, p. 275).

comme le dit M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 490, l'appel d'un pareil jugement devrait être interjeté dans le même délai que celui fixé à l'égard des simples ordonnances de référé; et c'est ce qui a été jugé par un arrêt de la Cour de Paris du 3 mars 1810, rapporté dans la *Bibliothèq. du barreau,* 2e part., t. 4, p. 283; et *J. Av.*, t. 18, p. 755,

[[Et par un arrêt plus récent de la même Cour, en date du 14 mai 1836 (*J. Av.*, t. 50, p. 373; DEVILL., 1836.2.258). Il est évident en effet qu'il s'agit toujours en ce cas de décisions sur référé. Aussi M. FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 778, les assimile-t-il aux ordonnances rendues par le président, quant à l'appel, et M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 398, quant à l'opposition. *Voy.* nos *Quest.* 2772 et 2773.]]

2776. *Les ordonnances et les jugements de référé ne sont-ils sujets à l'appel qu'autant que l'objet litigieux excède la valeur jusqu'à concurrence de laquelle les tribunaux de première instance sont autorisés à prononcer en dernier ressort?*

En cas d'affirmative, *l'opposition ne serait-elle pas du moins admissible contre les ordonnances et jugements rendus en dernier ressort?*

Cette question, dans sa première partie, est affirmativement résolue par M. PIGEAU, t. 1, p. 109. Ainsi, dit-il, si l'on demandait en référé la remise provisoire d'un objet, valeur de 1,000 fr. ou moins, on ne doit pas se pourvoir par appel au tribunal supérieur. Cela résulte de l'art. 809, qui, parlant de l'appel, dit *dans les cas où la loi autorise l'appel.* Nous ajouterons que la Cour de Turin a prononcé conformément à cette opinion, tant par un arrêt du 19 août 1807, l'un de ceux qui ont été cités sur la *Quest.* 2774, que par un second arrêt du 16 octobre de la même année. (Voy. *Jurisprud. sur la procéd.*, t. 1, p. 246.)

Mais cependant, ajoute M. Pigeau, comme la partie lésée ne doit pas être privée du droit de faire remédier, en attendant le jugement du fond, au préjudice que lui cause l'ordonnance sur référé, elle peut se pouvoir par opposition au tribunal de première instance. Cet auteur convient que le Code ne décide pas ce point, mais il argumente par induction de l'art. 403.

M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 378, not. 11, fait observer qu'il est difficile de concilier cette disposition avec la disposition générale par laquelle l'art. 809 interdit la voie d'opposition. Nous croyons aussi, en nous fondant sur la généralité des termes de cet article, que l'on ne peut se pourvoir par opposition, même dans le cas où l'ordonnance de référé est rendue en dernier ressort. Ainsi donc, il ne reste à la partie qui prétend que l'ordonnance lui porte grief d'autre parti à prendre que celui de se pourvoir au principal (V. *Quest.* 2773) : telle est aussi l'opinion de M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 489.

[[MM. DALLOZ, t. 11, p. 550, et BOITARD, t. 3, p. 400, se prononcent dans le même sens, et à l'arrêt précité de Turin on peut joindre les décisions conformes de Bordeaux, 10 fév. 1832 (*Journ.* de cette Cour, t. 7, p. 91), et Paris, 16 avril 1836 (*J. Av.*, t. 50, p. 373; DEVILL., 1836.2.257). Les expressions de l'art. 809 rappelées par M. Carré ne laissent effectivement aucun doute sur l'intention du législateur; et la Cour de Paris, le 24 août 1831 (*J. Av.*, t. 44, p. 112; DEVILL., 1832.2.300), en autorisant l'appel d'une ordonnance rendue sur l'exécution d'un jugement en dernier ressort, l'a évidemment méconnue. Toutefois, en vertu même des principes sur la recevabilité de l'appel, il est deux cas où la quotité de la somme qui fait l'objet du litige n'influe pas sur le droit de se pourvoir; c'est 1° lorsque la partie condamnée attaque l'ordonnance du juge du référé comme rendue hors des limites de sa compétence ou lorsqu'elle prétend que le juge s'est à tort déclaré incompétent (M. THOMINE DESMAZURES,

t. 2, p. 399, fait la même observation) (1); 2° lorsqu'il s'agit d'objets d'une valeur indéterminée, comme l'ont jugé deux arrêts de Poitiers, des 20 janv. 1826 (*J. Av.*, t. 30, p. 242), et 25 fév. 1834 (*J. Av.*, t. 47, p. 578). La Cour d'Aix, 1er fév. 1831 (*J. Av.*, t. 43, p. 571; DEVILL., 1833.2.135), a décidé, conformément au même principe, qu'on peut appeler d'une ordonnance de référé, statuant sur la revendication faite par un tiers de meubles saisis pour une somme, même inférieure à 1,000 fr., parce que l'objet du litige, c'est-à-dire les meubles revendiqués, est d'une valeur indéterminée.]]

[[**2776** bis. *L'appel d'une ordonnance de référé doit-il, comme l'appel ordinaire, être signifié à personne où au domicile réel de la partie?*

M. Hautefeuille, qui examine cette question p. 443, commence par dire qu'à ne consulter que les principes généraux, elle devrait être résolue dans le sens de l'affirmative, mais, ajoute-t-il, comme, en matière de référé, il s'agit de l'exécution d'un acte ou d'un jugement, et que, dans tous les cas, le poursuivant est tenu de faire élection de domicile au lieu de l'exécution, il s'ensuit que l'appel doit être interjeté au domicile élu par l'acte qui précède ou qui accompagne l'exécution, parce que la matière requérant célérité, à cause de l'urgence, les actes doivent être signifiés à un domicile *ad hoc* aux poursuites; c'est, dit-il, l'esprit de l'art. 809.

Nous ferons d'abord remarquer que, même en tenant pour constants les points sur lesquels se fonde M. Hautefeuille, son opinion serait encore trop absolue, puisque l'élection de domicile, exigée de celui qui poursuit l'exécution d'un acte, est prescrite, non dans son intérêt, mais dans celui de la personne contre laquelle l'acte doit être exécuté; d'où il résulte qu'on ne pourrait élever contre cette dernière une fin de non-recevoir prise de ce qu'elle aurait signifié l'appel au domicile réel, et non au domicile élu de sa partie adverse. Ajoutons que le raisonnement de M. Hautefeuille n'est pas parfaitement exact, puisque, dans tous les cas d'urgence qui donnent lieu à référé, la partie contre laquelle il est interjeté appel n'a pas un représentant auquel l'acte puisse être notifié. L'opinion de cet auteur n'est donc admissible que lorsque le référé a pour cause un débat antérieur, à raison duquel les parties étaient tenues de faire élection de domicile; c'est notamment ce qui a lieu en matière de contrainte par corps, où nous admettons la validité de la signification faite au domicile élu dans le commandement ou l'acte d'écrou, nonobstant deux arrêts de Bordeaux, des 1er août 1828 et 23 juill. 1835 (*J. Av.*, t. 36, p. 29, et t. 50, p. 127).]]

[[**2776** ter. *Le délai de quinzaine, fixé par l'art.* 809 *pour l'appel des ordonnances de référé, est-il de rigueur? Le jour de la signification et celui de l'échéance doivent-ils être compris dans ce terme?*

Il est incontestable que la partie qui veut relever appel d'une ordonnance de référé doit le faire *dans les quinze jours* de la signification, à peine de déchéance. La Cour de Rouen l'a jugé ainsi, le 18 fév. 1819 (*J. Av.*, t. 18, p. 782), et les termes de l'art. 809 ne permettent aucune hésitation sur ce point. Nous ferons d'ailleurs remarquer, avec un arrêt de cassation du 22 avril 1818 (*J. Av.*, t. 8, p. 666), que l'ordonnance du président qui autorise l'arrestation

(1) [Quand le juge du référé se déclare incompétent et renvoie les parties à se pourvoir, il n'y a point de sa part un déni de justice, comme l'a décidé la Cour de Paris, 11 avril 1826 (*J. Av.*, t. 34, p. 109). Il y a simplement lieu à interjeter appel, comme dans le cas où, reconnaissant sa compétence, il déclare mal fondées les prétentions d'une partie.]

provisoire d'un étranger n'est pas une ordonnance de référé proprement dite, et qu'elle peut être attaquée dans le délai ordinaire de trois mois. La question de savoir si le jour de la signification et celui de l'échéance font partie de la quinzaine a donné lieu à quelques difficultés. Les Cours de Limoges, 25 mars 1825, et d'Amiens, 16 août de la même année (*J. Av.*, t. 31, p. 284, et t. 32, p. 211), ont jugé que les référés formaient une matière spéciale, en dehors des règles ordinaires, et dans laquelle par conséquent l'art. 1033, qui comprend ces jours dans le délai ne devrait recevoir aucune application. *Voy.* toute notre doctrine, à cet égard, sur l'art. 1033, *Quest.* 3410.]]

[[**2776** quater. *La Cour, sur l'appel d'une ordonnance de référé, peut-elle statuer sur des conclusions au fond prises devant elle pour la première fois?*

La négative, jugée par la Cour de Grenoble, le 17 nov. 1829 (*Journ.* de cette Cour, t. 5, p. 77), résulte trop clairement des principes que nous avons développés sous la *Quest.* 1702, t. 4, p. 248, pour que nous croyions nécessaire d'entrer ici dans de nouveaux détails à ce sujet. Les magistrats supérieurs peuvent cependant, d'après la Cour de cassation, 12 avril 1820 (*J. Av.*, t. 5, p. 364; Devill., *Collect. nouv.*, 6.1.213), prononcer contre une partie des dommages-intérêts non accordés par l'ordonnance dont est appel, mais occasionnés par l'exécution donnée à cette ordonnance; et la Cour de Rennes, le 23 déc. 1818 (*J. Av.*, t. 18, p. 781), a également admis que la partie qui n'a pas opposé au juge du référé son incompétence à raison de la matière, est en droit d'élever pour la première fois, en appel, cette fin de non-recevoir. Mais ces décisions, comme il est facile de s'en convaincre, ne contrarient nullement la règle que nous avons émise ; elles ne font qu'appliquer à l'appel des référés des règles incontestables en toute autre matière.

On peut également tenir pour certain que, lorsque la Cour devant laquelle est porté l'appel d'un jugement de référé, trouve le fond en état de recevoir devant elle une solution définitive, elle est en droit de statuer sur tous deux par un seul et même arrêt. Du reste, il n'y a évidemment de sa part aucune obligation de joindre l'appel d'une ordonnance de référé, qui doit être vidé d'urgence, et celui d'un jugement qui vient à son tour, et dans l'ordre du rôle. C'est ce qu'a jugé, avec raison, la Cour de Limoges, le 20 juill. 1832 (*J. Av.*, t. 45, p. 517). Il est même certain que, si le fond n'était pas en état, la Cour ne pourrait, sous ce prétexte, retarder la décision de l'appel du jugement intervenu sur le référé.]]

[[**2776** quinquies. *Y a-t-il lieu de se pourvoir en cassation contre une ordonnance de référé, à raison de l'inobservation des lois?*

Les décisions rendues par le président du tribunal, ou par le tribunal lui-même en état de référé, ne sont que provisoires et toujours réparables en définitive. Il est donc évident qu'un pourvoi en cassation serait mal à propos dirigé contre une ordonnance que la décision du tribunal réformera bien plus tôt, et à moins de frais, s'il y a lieu. C'est le jugement seul du fond qui autorise cette voie de recours, et le fond est nécessairement réservé par le juge du référé. En cas d'excès de pouvoir de sa part, l'appel est toujours admissible, quelle que soit la valeur de l'objet de la contestation, comme nous l'avons déjà dit sur la *Quest.* 2776. Un arrêt de cassation du 31 juill. 1815 (*J. Av.*, t. 18, p. 777) nous paraît donc avoir bien jugé, en décidant que le pourvoi contre une décision de référé compétemment rendue était non recevable.]]

Art. 810. Les minutes des ordonnances sur référés seront déposées au greffe.

Tarif, 59. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 288, n° 15 et 16.
QUESTION TRAITÉE : Y a-t-il toujours lieu à déposer au greffe les minutes des ordonnances sur référé? *Q.* 2777.]

2777. *Y a-t-il toujours lieu à déposer au greffe les minutes des ordonnances sur référé?*

Non, puisqu'il est des cas où l'ordonnance doit être mise au bas d'un procès-verbal dressé par un officier public; par exemple, dans toutes les difficultés pour lesquelles un juge de paix se pourvoit en référé (art. 922); dans celles qu'élève un débiteur afin d'empêcher son arrestation (art. 787); dans celles enfin qui s'élèvent lors d'un inventaire (art. 944; *V.* nos questions sous l'art. 829).

[[Ces précisions sont incontestables.]]

ART. 811. Dans les cas d'absolue nécessité, le juge pourra ordonner l'exécution de son ordonnance sur la minute.

Cod. proc., art. 809, 922. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 288, n° 17 à 22. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Référé*, n° 71 et 74. — Arm. Dalloz, *eod. verb*, n° 36.
QUESTIONS TRAITÉES : La rédaction des ordonnances sur référé doit-elle être faite sur qualités déposées par les parties? L'expédition doit-elle en être réglée selon les formes tracées par l'art. 146? *Q* 2778. — La disposition de l'art. 811 est-elle exclusivement applicable aux référés, en sorte qu'en aucun cas il ne soit permis d'ordonner l'exécution d'un arrêt ou d'un jugement sur la minute? *Q.* 2779.]

2778. *La rédaction des ordonnances sur référé doit-elle être faite sur qualités déposées par les parties?* [[*L'expédition doit-elle en être réglée selon les formes tracées par l'art.* 146?]]

Cette rédaction doit être en entier l'ouvrage du juge, qui la dicte au greffier aussitôt qu'il l'a prononcée (V. *Praticien*, t. 5, p. 61); ce qui exclut la nécessité du dépôt des qualités, ainsi que le prouve évidemment l'art. 811, d'après lequel on peut exécuter les ordonnances sur la minute, lorsque le juge le permet par ces ordonnances mêmes. Or, cette minute serait incomplète, comme le dit M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 489, s'il y avait d'autres qualités à remettre que celles que le juge lui-même a posées.

[[C'est aussi, et avec raison, l'avis de MM. DALLOZ, t. 11, p. 550; BOITARD, t. 3, p. 403, et DEBELLEYME, 2e cah., p. 6, not. 1re, d'où ce dernier auteur conclut qu'il n'y a pas lieu de remettre des dires d'avoué. La Cour de Rouen, le 18 fév. 1819 (*J. Av.*, t. 18, p. 782), a jugé, dans une autre espèce, qu'une ordonnance de référé, pour être exécutoire, n'a pas besoin d'être expédiée dans la forme prescrite pour les jugements ordinaires par l'art. 146, et elle s'est fondée sur ce que la seule minute qui existe des ordonnances de référé se trouve dans le procès-verbal de l'officier instrumentaire. Ces différences ne changent point d'ailleurs le caractère de jugement imprimé à ces ordonnances, et ne modifient en rien, par conséquent, les principes que nous avons exposés sous les *Quest.* 2771, 2776 *bis* et 2776 *ter*.]]

2779. *La disposition de l'art.* 811 *est-elle exclusivement applicable aux référés, en sorte qu'en aucun cas il ne soit permis d'ordonner l'exécution d'un arrêt ou d'un jugement sur la minute?*

Un arrêt de la Cour de cassation du 10 janv. 1814 décide que les Cours royales peuvent, en cas d'urgence, ordonner l'exécution de leur arrêt sur minute. (S. 14.1.64.)

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 498, approuve cette opinion de M. Carré, que nous avons déjà combattue deux fois, t. 1er, p. 696, *Quest.* 588 *ter*, et t. 4, p. 500, *Quest.* 1898 *octies*.]]

SECONDE PARTIE.

PROCÉDURES DIVERSES.

Dans la première partie du Code, le législateur a établi les règles et les formalités de cette procédure que nous avons appelée *judiciaire* (1), parce qu'elle a pour objet tout ce qu'il est nécessaire de faire ou d'observer, afin d'obtenir et de mettre à exécution les jugements des affaires contentieuses.

Mais, disait l'orateur du gouvernement, M. Berlier (édit. de F. Didot, p. 276), l'instruction des procès, dans le sens attaché à ce mot, et l'exécution des jugements sont loin d'embrasser toutes les actions judiciaires que comportent les besoins de la société.

C'est d'après cette pensée que les hommes qui, les premiers, s'étaient occupés du grand et utile projet de donner à la France un Code civil, se proposaient d'y insérer un livre intitulé *des Actions*, dans lequel la procédure eût été comprise, comme l'espèce l'est dans le genre, et où se fussent réunies toutes les autres actions judiciaires.

Si ce premier plan n'a pas été suivi, et si l'on a renoncé à un titre plus exact peut-être, mais dont la généralité eût rendu l'acception plus vague, le fond de la pensée est resté, en insérant dans le Code dit de procédure, toutes les actions, même celles qui, sans constituer essentiellement des procès, peuvent intéresser le ministère du juge ou celui des officiers de justice.

Sous ce point de vue, le Code a l'avantage d'avoir réglé beaucoup d'objets que n'embrassait point l'ordonnance de 1667.

En effet, cette ordonnance, dont plusieurs dispositions ont mérité d'être maintenues dans la première partie du Code, qui traite de la procédure ordinaire, n'en offre qu'un bien petit nombre d'analogues aux titres que renferme la seconde partie.

C'est dans les édits ou déclarations de nos rois, dans les statuts locaux et dans la jurisprudence que se trouvent la plupart des règles qu'on appliquait aux procédures diverses; et il est inutile de dire qu'il y avait sur plusieurs points très peu d'uniformité.

Ces sources ont été consultées; l'expérience a été respectée, non en maître qui commande, mais en guide qui éclaire.

Si l'on a adopté d'assez graves changements dans quelques parties, ils ont été ou indiqués par les vices reconnus de ce qui se pratiquait autrefois, ou prescrits par le besoin de mettre les nouvelles procédures en harmonie avec les règles posées par le Code civil; car le but eût été manqué si le Code de procédure n'avait pas toujours eu en vue la loi fondamentale, dont il doit être l'appui et quelquefois le développement.

Les matières contenues dans cette seconde partie du Code sont, pour la plupart, indépendantes les unes des autres; les dispositions portées sur chacune d'elles forment autant de procédures spéciales, qui, dans leur ensemble, composent une *procédure* à laquelle nous avons donné la qualification d'*extrajudiciaire* (2), parce qu'aucune d'entre elles *ne suppose nécessairement un*

(1) *Voy.* l'Introduction générale.
(2) Voy. *Ibid.*

litige, parce que les actes que la loi prescrit, soit pour l'exercice ou la conservation de certains droits, soit pour l'accomplissement de certaines obligations qui dérivent de la loi civile, sont pour la plupart de juridiction volontaire, et n'entrent dans les attributions de la juridiction contentieuse qu'à l'occasion des débats qui surviendraient accidentellement.

Le premier livre contient douze titres, dont chacun est consacré à des matières qui n'ont entre elles aucune connexité.

Le second concerne les procédures relatives à l'ouverture d'une succession (1).

Le troisième réunit en un seul titre toutes les règles et les formalités prescrites pour les arbitrages ; mais, comme nous l'avons déjà remarqué dans l'introduction, la procédure à suivre devant les arbitres appartient à la procédure judiciaire proprement dite, puisqu'elle se fait à l'occasion *d'un litige et à fin de jugement.*

LIVRE PREMIER.

DES DIVERSES PROCÉDURES PRESCRITES POUR L'EXÉCUTION DE CERTAINES DISPOSITIONS DU CODE CIVIL, AUTRES QUE CELLES QUI CONCERNENT LES SUCCESSIONS.

TITRE PREMIER.

Des Offres de paiement et de la consignation.

Parmi les moyens d'éviter les procès et de prévenir ou d'arrêter, par une exécution volontaire, l'exécution forcée des jugements et des actes, la loi place *les offres* et *la consignation*, dont l'effet est d'opérer la libération du débiteur, lorsque le créancier ne veut ou ne peut recevoir ce qui lui est dû (2).

(1) Cet ouvrage n'ayant pour objet que l'explication et l'application des lois de la procédure, on sent que nous n'aurons à nous occuper de celles que le Code civil renferme sur ces mêmes matières, qu'autant que nous le croirons indispensable pour l'intelligence des premières ; mais on consultera les excellents ouvrages de MM. Toullier, Delvincourt, Proudhon, Chabot (de l'Allier), sur les successions, Pardessus, sur le droit commercial, et particulièrement celui de M. Pigeau, qui, dans son second volume, a traité par ordre alphabétique et approfondi les plus importantes questions que les différents objets des procédures diverses puissent présenter, tant *au fond* que dans la forme.

(2) Dans tous les temps, les lois civiles ont été en faveur de la libération, nonobstant le terme convenu pour le paiement : *Quod certâ die promissum est, vel statim dari potest ; totum enim medium tempus ad solvendum, promissori liberum relinqui intelligitur.* (Loi 70, ff., *de Solut.*) On a toujours considéré le délai porté dans une obligation, comme une faculté stipulée à l'avantage du débiteur seulement : il lui est conséquemment loisible d'en jouir en totalité, ou d'y renoncer en tout ou en partie, à son gré ; en sorte que, quoique le créancier ne puisse exiger la dette avant le terme, le débiteur peut se libérer par anticipation, à moins d'une convention expressément contraire. (DEMIAU-CROUZILHAC, p. 491 et 492 ; *Voy.*, sur l'historique des offres réelles, LOYSEAU, liv. 5, chap. 9, n°s 19 et suiv.)

Les offres consistent dans une sommation faite au créancier de recevoir la somme ou de prendre possession de la chose qui lui est due.

La consignation est le dépôt que le débiteur, sur le refus du créancier, fait de cette somme dans une caisse publique (Ordonn. du 3 juill. 1816), ou, s'il s'agit de tout autre objet, dans un lieu que le tribunal indique. (Cod. civ., art. 1264.)

La consignation ainsi faite dans les formes voulues par la loi, et après des offres réelles, régulières, intégrales, tient lieu de paiement et libère le débiteur, suivant les dispositions consignées dans les art. 1257 et 1264 du Code civil.

Elles indiquent, en effet, quand, comment, par qui, à qui et en quel lieu les offres et la consignation doivent être faites, quels effets en résultent tant à l'égard de la libération du débiteur que de celle de ses cautions, et comment l'objet consigné est mis à la charge du créancier.

Le Code de procédure ne contient, en conséquence, qu'un petit nombre de dispositions additionnelles qui ne font, à vrai dire, que compléter les premières, et elles renvoient, au surplus, pour les autres règles de la matière, aux dispositions du Code civil (1).

ART. 812. Tout procès-verbal d'offres désignera l'objet offert, de manière qu'on ne puisse y en substituer un autre; et si ce sont des espèces, il en contiendra l'énumération et la qualité (2).

---

(1) Fidèle au plan que nous nous sommes proposé, nous ne traiterons d'autres questions que celles qui dérivent immédiatement des dispositions du Code de procédure, à moins que nous ne soyons forcé, pour l'intelligence de ces questions, d'entrer dans l'examen de quelques-unes de celles que présenteraient les articles du Code civil, auxquels les dispositions de celui-là se rattacheraient. On verra, pour les autres, les ouvrages de MM. Toullier et Delvincourt, le traité de M. Pigeau et celui de M. Demiau-Crouzilhac, où l'on trouve la solution d'un grand nombre de difficultés relatives à l'application des dispositions du Code civil.

(2) Le Code civil, art. 1257 et suiv., a, comme nous l'avons dit, dans les préliminaires de ce titre, posé les principes propres au mode d'exécution des obligations, au moyen des offres et de la consignation. Le Code de procédure règle, tant la forme du procès-verbal d'offres que la procédure à suivre pour faire statuer sur ces offres, et la consignation qui en est la suite. Ses dispositions sur cet objet, ainsi que le faisait observer l'orateur du gouvernement, sont, comme on le verra, peu nombreuses et extrêmement simples; elles n'ont nul besoin d'analyse. C'est, en effet, la raison pour laquelle on ne trouve point de commentaire sur l'article qui précède, et la plupart de ceux qui le suivent.

[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 500 à 507, sur le mot *offres*, cite plusieurs arrêts qui ont décidé diverses questions résultant des art. 1257 du Code civil et suivants.

On consultera également avec fruit, quant à la validité des offres réelles et de la consignation, considérées, soit à l'égard des personnes qui peuvent les faire ou les recevoir, soit relativement aux conditions substantielles qui les régissent, M. DUMESNIL, *Traité des lois et règlements de la caisse des dépôts et consignations*, p. 210 à 294; ainsi que notre *Dictionnaire général de procédure*, v^is *Offres réelles et consignation*, n°s 1, 2, 5, 7 à 11, 15, 23 à 25, 27 à 42, 43 *bis*, 44, 47, 52, 53, 56 à 61, 63 à 69, 71 à 73, 80 et 96 à 98; *Conseil de famille*, n° 8; *Contrainte par corps*, n° 394; *Désistement*, n° 21; *Enregistrement*, n° 146 *bis*, *Exécution*, n° 72; *Exploit*, n°s 160, 207, 313; *Juge de paix*, n° 7; *Référé*, n° 37; *Ressort*, n° 490; *Saisie immobilière*, n°s 55, 631, 915, 946; *Surenchère*, n° 51, et *Tribunaux*, n°s 180 et 279.

Nous écartons, comme l'avait fait notre savant maître, toutes les questions qui forment le commentaire des art. 1257 et suiv. du Code civil; nous n'ajouterons ici que le texte de ces articles qui forment le prolégomène du titre du Code de procédure:

Art. 1257. Lorsque le créancier refuse de recevoir son paiement, le débiteur peut lui faire des offres réelles, et, au refus du créancier de les accepter, consigner la somme ou la chose offerte.

Les offres réelles suivies d'une consigna-

[Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 290 et suiv., nos 1 à 5.] — Cod. civ., art. 1257 et suiv. — Cod. proc. civ., art. 332. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Offres réelles et consignation*, nos 3, 4, 6, 12, 13, 20, 26, 43 et 89. — Devilleneuve, v° *Offres réelles*, nos 7 et 40. — Arm. Dalloz, *cod. verb.*, nos 85, 86, 87, 99 à 104, 116, 185, 187, 188. — Locré, t. 23, p. 21, 22, et p. 74, n° 2.

QUESTIONS TRAITÉES : Comment s'exécute la disposition par laquelle l'art. 812 prescrit que l'objet sera désigné de manière qu'on ne puisse y en substituer un autre? *Q.* 2780. — Le mot ESPÈCES, dans l'art. 812, exprime-t-il seulement une somme d'argent? Comment l'énumération et la qualité des espèces sont-elles constatées? *Q.* 2781. — Peut-on faire des offres en billets de banque? *Q.* 2782. — Le procès-verbal d'offres peut-il être fait par un notaire? *Q.* 2783. — Lorsque des offres réelles ont été faites à la barre du tribunal, qui en a donné acte et les a déclarées suffisantes, ces offres sont-elles valables, encore bien qu'elles n'aient pas été faites par l'intermédiaire d'un officier ministériel? *Q.* 2783 *bis*. — Comment se font les offres incidentes à une contestation à laquelle elles se rattachent? *Q.* 2784. — Lorsque le créancier ne se trouve pas à son domicile ou au lieu indiqué pour le paiement, les offres réelles peuvent-elles être valablement faites au domestique ou à toute autre personne? *Q.* 2784 *bis* (1).]

---

tion libèrent le débiteur ; elles tiennent lieu à son égard de paiement, lorsqu'elles sont valablement faites, et la chose ainsi consignée demeure aux risques du créancier.

Art. 1258. Pour que les offres réelles soient valables, il faut,

1° Qu'elles soient faites au créancier ayant la capacité de recevoir, ou à celui qui a pouvoir de recevoir pour lui ;

2° Qu'elles soient faites par une personne capable de payer ;

3° Qu'elles soient de la totalité de la somme exigible, des arrérages ou intérêts dus, des frais liquidés, et d'une somme pour les frais non liquidés, sauf à la parfaire ;

4° Que le terme soit échu, s'il a été stipulé en faveur du créancier ;

5° Que la condition sous laquelle la dette a été contractée soit arrivée ;

6° Que les offres soient faites au lieu dont on est convenu pour le paiement, et que, s'il n'y a pas de convention spéciale sur le lieu du paiement, elles soient faites ou à la personne du créancier, ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention ;

7° Que les offres soient faites par un officier ministériel ayant caractère pour ces sortes d'actes.

Art. 1259. Il n'est pas nécessaire, pour la validité de la consignation, qu'elle ait été autorisée par le juge : il suffit,

1° Qu'elle ait été précédée d'une sommation signifiée au créancier, et contenant l'indication du jour, de l'heure et du lieu où la chose offerte sera déposée ;

2° Que le débiteur se soit dessaisi de la chose offerte en la remettant dans le dépôt indiqué par la loi pour recevoir les consignations, avec les intérêts jusqu'au jour du dépôt ;

3° Qu'il y ait eu procès-verbal dressé par l'officier ministériel, de la nature des espèces offertes, du refus qu'a fait le créancier de les recevoir, ou de sa non-comparution, et enfin du dépôt ;

4° Qu'en cas de non-comparution de la part du créancier, le procès-verbal du dépôt lui ait été signifié avec sommation de retirer la chose déposée.

Art. 1260. Les frais des offres réelles et de la consignation sont à la charge du créancier, si elles sont valables.

Art. 1261. Tant que la consignation n'a point été acceptée par le créancier, le débiteur peut la retirer; et s'il la retire, ses codébiteurs ou ses cautions ne sont point libérés.

Art. 1262. Lorsque le débiteur a lui-même obtenu un jugement passé en force de chose jugée, qui a déclaré ses offres et sa consignation bonnes et valables, il ne peut plus, même du consentement du créancier, retirer sa consignation au préjudice de ses codébiteurs ou de ses cautions.

Art. 1263. Le créancier qui a consenti que le débiteur retirât sa consignation après qu'elle a été déclarée valable par un jugement qui a acquis force de chose jugée, ne peut plus, pour le paiement de sa créance, exercer les priviléges ou hypothèques qui y étaient attachés : il n'a plus d'hypothèque que du jour où l'acte par lequel il a consenti que la consignation fût retirée, aura été revêtu des formes requises pour emporter l'hypothèque.

Art. 1264. Si la chose due est un corps certain qui doit être livré au lieu où il se trouve, le débiteur doit faire sommation au créancier de l'enlever, par acte notifié à sa personne ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention. Cette sommation faite, si le créancier n'enlève pas la chose, et que le débiteur ait besoin du lieu dans lequel elle est placée, celui-ci pourra obtenir de la justice la permission de la mettre en dépôt dans quelque autre lieu.]

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° Lorsqu'une tierce personne, étrangère à l'obligation, veut en opérer l'extinction,

2780. *Comment s'exécute la disposition par laquelle l'art.* 812 *prescrit que l'objet sera désigné de manière qu'on ne puisse y en substituer un autre?*

Cette disposition, qui ne se rapporte évidemment qu'à un corps certain, s'exécute par une description exacte de l'état de cet objet, de sa forme, de tout ce qui peut le distinguer d'un objet de même espèce, et servir conséquemment à en constater tellement l'identité qu'on ne puisse en substituer un autre.

[[C'est encore pour que le créancier ne puisse légitimer son refus d'acceptation, aux termes de l'art. 1243 du Code civil, sur ce qu'on ne lui aurait pas offert la chose même qui lui était due, comme le fait judicieusement observer M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 405.]]

2781. *Le mot* ESPÈCES, *dans l'art.* 812, *exprime-t-il seulement une somme d'argent? Comment l'énumération et la quantité des espèces sont-elles constatées?*

Le mot *espèces* exprime non-seulement une somme d'argent, mais encore aussi toutes choses fongibles, c'est-à-dire réduites à un poids, à une mesure fixe; ainsi le procès-verbal d'offres devant contenir l'énumération (Besançon, 5 mai 1812; *J. Av.*, t. 17, p. 36), et *la qualité* des espèces, doit, si ce sont des choses fongibles, en constater le poids ou la mesure et la qualité, c'est-à-dire la nature, et, s'il est possible, le degré de supériorité ou d'infériorité de valeur qu'elles peuvent avoir comparativement à d'autres.

Si, au contraire, c'est une somme d'argent qui est l'objet des offres, on mentionnera combien il y a de pièces, combien elles valent, si c'est de l'or ou de l'argent.

[[On pourrait induire de ces dernières paroles de M. Carré, qu'il est nécessaire qu'un bordereau des espèces déposées soit joint à la consignation autorisée par la loi du 6 therm. an III, lorsqu'il s'agit du montant d'effets de commerce; mais le contraire a été jugé par la Cour de cassation, le 15 vent. an XII (*J. Av.*, t. 17, p. 22), et nous croyons avec M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 500, qu'il suffit de se borner en ce cas à consigner dans l'acte de dépôt la date du billet, celle de l'échéance et le nom de celui au bénéfice duquel il aura été originairement fait.

C'est aussi ce que pense M. DUMESNIL, *Lois et règlements de la caisse des dépôts et consignations*, p. 265, n° 213.]]

2782. *Peut-on faire des offres en billets de banque?*

Non, parce que ces billets, bien qu'ils représentent le numéraire, qu'ils soient au même taux, et même souvent plus commodes, n'ont pas de cours forcé,

---

elle doit faire le paiement ou les offres réelles au nom et en l'acquit du débiteur: mais si elle énonce que le montant du paiement ou des offres provient de *ses propres deniers*, et requiert formellement la subrogation aux droits des créanciers, le paiement ou les offres sont nuls; Cassat., 12 juill. 1813 (S. 13.1.354, et *J. Av.*, t. 17, p. 41);

2° Lorsqu'un jugement par défaut ne renferme d'autre disposition susceptible d'être actuellement exécutée, que la condamnation aux frais, en sorte que la péremption de six mois, prononcée par l'art. 156, Cod. proc. civ., ne puisse être empêchée que par des actes d'exécution relatifs à ces frais, ou par le paiement qu'en ferait le débiteur lui-même, le créancier n'est pas forcé d'accepter les offres du montant de ces frais faites par un tiers; Paris, 13 mai 1814 (*J. Av.*, t. 17, p. 43).]

ainsi qu'il a été décidé par décret du 30 frim. an XIV, ou 10 déc. 1806. (Voy. *Bulletin des lois*, 4e série, t. 4, p. 213.)

[[MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 501; FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 33, et DUMESNIL, *Lois et règlements de la caisse des dépôts et consignations*, p. 242, s'appuient sur le même texte.

Nous ajouterons, avec ce dernier auteur, que les offres seraient également nulles, si elles avaient été faites en pièces de monnaie étrangère, ou même en monnaie de billon, l'art. 2 du décret du 18 août 1810, ne permettant d'employer celle-ci dans les paiements que pour l'appoint de la pièce de cinq francs, à moins toutefois que ce ne fût de gré à gré, cas auquel les offres pourraient contenir une plus grande quantité de billon, comme le remarque M. Pigeau, *ubi suprà.*]]

2783. *Le procès-verbal d'offres peut-il être fait par un notaire?*

D'après l'art. 1258 du Code civil, il doit être fait par un officier ministériel ayant caractère pour ces sortes d'actes.

Cet officier est un huissier, dit M. PIGEAU, t. 2, p. 462, et presque tous les commentateurs du Code de procédure le supposent. M. DELVINCOURT, dans ses *Institutes*, t. 2, p. 287, aux notes, le dit formellement.

M. HAUTEFEUILLE, p. 445, dit aussi que l'officier ministériel qui a qualité pour faire les offres est un huissier; néanmoins, ajoute-t-il, des offres qui seraient faites par un notaire, dans les formes des actes ordinaires, n'en seraient pas moins légalement faites, si d'ailleurs elles sont accompagnées des formalités et des conditions spécialement exigées pour le procès-verbal d'offres, parce que le notaire est un officier ministériel, ou plutôt un *fonctionnaire* dont les actes font foi. (*Voy.* loi du 25 vent. an XI, art. 1er.) Or, il suffit, dans l'esprit de la loi, de prouver que les offres ont été réellement faites, et que le créancier ne les a pas acceptées.

Avant l'émission du Code, on pensait assez généralement que les offres devaient être notifiées par un huissier. *Voy.* POTHIER, *Traité des Obligations*, part. 3, chap. 1er, art. 8.) Cependant DENISART, au mot *Offres*, n° 15, suppose qu'elles pourraient l'être également par un notaire.

On pourrait dire, en faveur de l'opinion de M. Hautefeuille, qu'il n'existe aucune loi qui donne formellement aux huissiers un pouvoir exclusif; que l'art. 812 ne porte point d'ailleurs la peine de nullité, et qu'on ne pourrait la prononcer pour cause d'incompétence qu'autant que les notaires seraient formellement exclus.

Nous croyons aussi qu'un procès-verbal d'offres ne serait point nul, s'il avait été fait par un notaire; mais il n'en est pas moins prudent de se servir d'un huissier, parce qu'il paraît avoir été dans l'intention de la loi de désigner de préférence un officier ministériel de cette classe, ainsi que l'a décidé la Cour de Nîmes, par arrêt du 22 août 1809 (*Voy.* DENEVERS, 1810, *suppl.* p. 13, et *J. Av.*, t. 17, p. 30), attendu que l'art. 59 taxe, en faveur des huissiers, les frais du procès-verbal. Or, on peut remarquer qu'aucune disposition semblable n'existe pour les notaires.

[[Quoique M. Carré penche pour la validité du procès-verbal d'offres dressé par un notaire, le conseil qu'il donne prouve néanmoins qu'il n'a pas une entière confiance dans la solution qu'il préfère. MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 32, et DUMESNIL, *Lois et règlements de la caisse des dépôts et consignations*, p. 239, n° 203, ont adopté la même opinion.

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 503 (Voy. *infrà*, *Quest.* 2787 *bis*), décide au contraire que l'huissier est le seul officier ministériel qui ait reçu de la loi le pouvoir de faire des actes d'offres. M. TOULLIER, t. 7, p. 201, cherche à re-

pousser l'application de l'arrêt de Nîmes, dont les termes nous paraissent trop explicites pour se prêter à la moindre équivoque sur l'attribution exclusive du droit spécial que, dans la pensée des juges comme dans la nôtre, le législateur a voulu conférer aux huissiers.

Sans doute on peut dire, avec un arrêt contraire de la Cour du Lyon du 14 mars 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 54 et suiv.), qu'aucun texte de loi n'interdit expressément aux notaires la faculté de participer à l'acte extrajudiciaire en question. Sans doute il semble, au premier abord, que, ne s'agissant pas d'un acte contentieux, il suffit que la preuve authentique de son exécution soit dûment constatée, condition que la nature des fonctions dont les notaires sont revêtus les met en position de remplir aussi bien que d'autres officiers ministériels. Mais ce système n'est-il point erroné par cela même qu'il dépasse son but? Et, par exemple, ces motifs ne seraient-ils pas également applicables aux greffiers et aux avoués, compris, eux aussi, comme l'enseigne M. MERLIN, *nouv. Répert.*, v° *Nullité*, p. 630, dans l'expression générique d'officiers ministériels (art. 1030 et 1031, Cod. proc. civ., et *Quest.* 3400)?

Or, M. TOULLIER, t. 7, p. 265, n° 199, est cependant forcé de reconnaître lui-même que, dans cette classe d'officiers ministériels, les avoués n'ont pas caractère pour rapporter un procès-verbal d'offres, et que les greffiers ne le pourraient faire qu'autant que les offres seraient faites à l'audience, en la présence des créanciers et que les juges en auraient donné acte (*Voy.* la question suivante). « Ce sont les huissiers, poursuit ce savant auteur, qui ont caractère « pour se transporter chez le créancier, pour lui faire des offres réelles, et « pour constater son refus par un procès-verbal. »

La difficulté ne s'agite donc plus qu'entre les notaires et les huissiers : mais qui ne sent la portée des aveux que nous venons de consigner en faveur de l'opinion que nous soutenons?

Dire qu'il suffit qu'il y ait preuve authentique que l'acte a eu lieu, n'est-ce point accorder aux notaires bien plus de droits que la loi ne leur en a concédé, en empiétant sur ceux dont on est obligé d'admettre qu'elle a voulu faire une attribution spéciale aux huissiers?

Qu'est-ce en effet qu'un notaire? Qu'est-ce qu'un procès-verbal d'offres réelles?

« Les notaires, dit l'art. 1er de la loi du 25 vent. an XI, sont les fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties *doivent* ou *veulent* faire donner le *caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique et pour en assurer la date,* en conserver le dépôt et en délivrer les grosses et expéditions. »

Par exemple, une donation entre-vifs n'est valable que passée devant un notaire, et une vente *peut* être reçue par un notaire. Il est inutile de citer d'autres exemples de la nécessité dans laquelle peuvent se trouver les parties, ou de la volonté qu'elles peuvent avoir.

Les notaires ont donc été qualifiés, dans cette loi, de *fonctionnaires publics*, et ce n'est que la loi fiscale du 28 avril 1816, qui leur a donné le titre d'officiers ministériels.

On ne connaît que deux exceptions à la nature de leurs fonctions, et ces deux exceptions ont été puisées dans des motifs qui touchent à l'ordre public: la première, pour les actes respectueux, la seconde pour les protêts; 1° le législateur n'a pas voulu qu'un fils fît demander le conseil de son père, par un officier ministériel chargé habituellement de missions rigoureuses; c'est en qualité de conciliateur que doit se présenter le notaire; 2° le législateur a pensé qu'un acte aussi important qu'un protêt ne devait souffrir aucun retard; et il a craint que, dans les campagnes, l'huissier ne fût absent, et ne pût faire un acte qui ne devait souffrir aucune remise; peut-être aussi a-t-il voulu con-

sacrer un ancien usage, à la sollicitation du commerce. Mais ne peut-on point appliquer ici cet axiome : *Exceptio firmat regulam ?*

Qu'est-ce donc, maintenant, qu'un procès-verbal d'offres?

C'est un acte extrajudiciaire; c'est une véritable sommation faite à un créancier de recevoir les sommes qu'on croit lui devoir; c'est un exploit, enfin, comme toute sommation de livrer, révocation de procuration, renonciation à une société, ou tout autre acte qualifié, en droit, *acte extrajudiciaire*. En faisant une telle sommation, le fonctionnaire public dont parle la loi de ventôse *reçoit-il* un *acte* ou un *contrat ?* A-t-on jamais dit qu'un maire reçoit un acte, lorsqu'il dresse le procès-verbal d'un délit? Le notaire, en faisant des offres réelles, ne constaterait que des faits, et quelle forme pourrait-il donc donner à cette sommation, pour qu'elle eût le caractère d'authenticité dont parle la loi?

Cette sommation ferait-elle foi de sa date, sans le concours de l'enregistrement, comme tous les autres actes des notaires? Elle nous paraît tellement éloignée du caractère habituel de ces fonctionnaires, qu'il nous serait difficile d'en désigner la forme.

Disons donc que, s'il a fallu deux dispositions expresses, pour que les notaires fissent des actes essentiellement en dehors de leurs fonctions, comme les actes respectueux et les protêts, ils n'ont le droit de faire aucun autre acte de cette nature, lorsque la loi ne l'a pas formellement exprimé.

L'acte 1258, Cod. civ., parle *d'un officier ministériel*, ayant caractère pour ces *sortes d'actes*. 1° A l'époque de la promulgation du Code, les notaires n'étaient point qualifiés officiers ministériels; 2° les actes qu'on peut assimiler aux offres réelles sont tous des sommations extrajudiciaires.

Ne peut-on pas puiser, au surplus, une attribution en faveur des huissiers, dans l'art. 24 du décret du 14 juin 1813, sur l'organisation de ces officiers ministériels, où on lit : « Toutes citations, *notifications* et significations requises « pour l'instruction des procès, ainsi que tous actes et exploits nécessaires « pour l'exécution des ordonnances de justice, jugements et arrêts, seront faits « par les huissiers, etc. »

Ainsi donc, et quoiqu'il soit à désirer que la Cour suprême tranche les difficultés d'interprétation que présente notre question, disons que le véritable sens de l'art. 1258 du Cod. civ. répugne à l'extension qu'on voudrait lui donner en faveur des notaires.

Inutile dès lors de s'occuper du point subsidiaire de savoir si la présence d'un *seul* notaire, même non assisté de témoins, serait suffisante pour valider un procès-verbal d'offres, ou s'il faut au contraire en soumettre la validité aux règles prescrites pour celle des actes notariés par la loi du 25 vent. an XI; ces fonctionnaires publics n'ayant, en aucun cas, le droit de rapporter ce procès-verbal.

On peut consulter à l'appui de notre opinion une dissertation approfondie de M. Bilhard, insérée dans le *Journal des huissiers*, t. 14, p. 353 (*Voy.* aussi *infrà*, la *Quest.* 2787).]]

[[**2783** bis. *Lorsque des offres réelles ont été faites à la barre du tribunal, qui en a donné acte et les a déclarées suffisantes, ces offres sont-elles valables, encore bien qu'elles n'aient pas été faites par l'intermédiaire d'un officier ministériel?*

L'affirmative a été formellement jugée par la Cour de cassation, le 2 juill. 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 718), contrairement à un arrêt de la Cour de Paris du 24 janv. 1815 (*J. Av.*, t. 17, p. 51); et nous pensons aussi que les offres réelles, n'ayant d'autre but que de constituer le créancier en demeure de recevoir le

paiement, la présence de l'officier ministériel, exigée par la loi, n'est plus indispensable dès que l'objet de la mission spéciale qu'elle a voulu lui donner se trouve d'ailleurs plus que suffisamment rempli. Or, c'est ce qu'on ne saurait révoquer en doute, lorsque les juges, ainsi que le dit M. TOULLIER, t. 7, p. 265, n° 199, ont décerné acte des offres réelles faites au créancier, présent à l'audience, et les ont déclarées suffisantes.

Mais il résulte des principes tracés par le Code civil, art. 1257 et suiv., sur la capacité de recevoir en cette matière, que la présence du créancier ou de son mandataire soit légal, soit conventionnel, est indispensable pour valider des offres ainsi faites à la barre et judiciairement constatées.

Cette précision importante, qu'il ne faut pas perdre de vue, explique comment la Cour de cassation a pu juger, le 28 vent. an VI (*J. Av.*, t. 17, p. 76), qu'une consignation qui n'avait été précédée que d'une simple promesse d'offres, réalisées seulement à l'audience, *hors de la présence du créancier,* n'était pas valable.

Dans ce cas, en effet, il était évident que la condition essentielle, celle d'avoir été mis en demeure d'accepter les offres, n'avait pas été remplie par le débiteur à l'égard du créancier.

M. DUMESNIL, dans son *Traité des lois et règlements de la caisse des dépôts et consignations*, p. 241, cite l'arrêt du 2 juillet dans le même sens que nous, mais sans donner de développements à son opinion.]]

2784. *Comment se font les offres incidentes à une contestation à laquelle elles se rattachent?*

Elles ne se font point par acte d'avoué, parce qu'un avoué n'a de pouvoir que pour les actes judiciaires, mais par un huissier, comme les offres principales (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 473 et 474), à moins qu'elles ne soient faites à l'audience, auquel cas le tribunal peut en dresser acte. C'est, du moins, ce qui se pratique tous les jours.

[[Nous partageons entièrement l'avis de M. Carré.]]

[[**2784** bis. *Lorsque le créancier ne se trouve pas à son domicile, ou au lieu indiqué pour le paiement, les offres réelles peuvent-elles être valablement faites au domestique ou à toute autre personne?*

Le 4 juill. 1819 (*J. Av.*, t. 17, p. 70), la Cour de Poitiers a jugé l'affirmative; nous adoptons cette décision par les motifs qu'on lira sous notre *Quest.* 2791 *bis.*

Ce n'est pas à dire pour cela que l'huissier doive remettre les deniers à la servante, ou à toute autre personne qui ne serait pas mandataire du créancier; mais il y a constatation suffisante d'offres réelles, et, par suite, faculté de consigner.]]

ART. 813. Le procès-verbal fera mention de la réponse, du refus ou de l'acceptation du créancier, et s'il a signé, refusé ou déclaré ne pouvoir signer.

Tarif, 59. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 294, nos 6 à 9.] — Cod. civ., art. 1257. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Offres réelles et consignation*, nos 54 et 55. — Devilleneuve, *eod. verb.*, n° 16. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 105 à 110, 112, 115, 117. — Locré, t. 23, p. 21, 22, et p. 74, n° 2.

QUESTIONS TRAITÉES : Si le créancier accepte les offres que doit faire l'officier ministériel? *Q.* 2785. — Dans le cas de la question précédente, à la charge de qui doit être le coût du procès-verbal? *Q.* 2785 *bis.* — Les offres faites avant la levée du jugement dispensent-elles le débiteur de payer le coût de cette levée et d'une signification? *Q.* 2785 *ter.* — La réponse que l'huissier de-

clare lui avoir été faite dans son procès verbal d'offres, est-elle authentiquement constatée, et fait-elle foi jusqu'à inscription de faux, alors que celui à qui les offres ont été faites a refusé de signer sa réponse? *Q.* 2785 *quater*.]

2785. *Si le créancier accepte les offres, que doit faire l'officier ministériel?*

Il exécute le paiement et se charge du titre, qui lui est remis quittancé. (*Voy.* Cod. civ., art. 1248, 1282 et 1283, et PIGEAU, t. 2, p. 463.)

[[Mais doit-il laisser au créancier copie de son procès-verbal?

On peut dire, pour la négative, que cette copie est inutile au créancier, puisqu'il a reçu son paiement et qu'à son égard, tout est consommé. Cependant, nous croyons qu'on doit embrasser l'opinion contraire, par deux raisons qui nous semblent décisives : la première, c'est que le Tarif, art. 59, taxe la copie, soit qu'il y ait refus, soit qu'il y ait acceptation; la seconde, c'est que les offres peuvent avoir été faites sous des conditions ou sous des réserves dont il importe que le créancier ait la connaissance et la preuve. La copie est donc indispensable, et elle complète d'ailleurs l'acte qui forme la seule preuve de la libération du débiteur.]]

[[**2785** bis. *Dans le cas de la question précédente, à la charge de qui doit être le coût du procès-verbal?*

Nous pensons, avec MM. VERVOORT, p. 67, *note*, et DUMESNIL, *Lois et règlements des dépôts et consignations*, p. 244, n° 214, qu'il doit rester à la charge du débiteur qui se libère, aux termes de l'art. 1248, Cod. civ. Vainement objecterait-on que cet article ne doit s'entendre que des frais *ordinaires*; nous ne voyons pas que la loi fasse cette distinction. D'ailleurs, qu'est-ce qui prouve que ce procès-verbal était nécessaire? Comment le refus du créancier a-t-il été constaté? Loin de refuser de recevoir son paiement, le créancier l'a accepté aussitôt qu'il lui a été offert; que veut-on de plus?

On ne peut pas davantage tirer argument de l'art. 1260, qui veut que les frais d'offres réelles et de consignation soient à la charge du créancier, *si elles sont valables*; car, premièrement, cet article suppose le refus du créancier, ce qui n'est pas notre espèce; et, d'un autre côté, il est vrai de dire que, pour que les offres soient *valables*, il faut qu'elles soient de la totalité de la somme due, y compris les intérêts et les frais. Or, il n'y aurait pas *paiement intégral*, si le débiteur voulait retenir les frais du procès-verbal fait par l'huissier.

Et ce principe est tellement absolu, que peu importerait, comme l'enseigne M. Dumesnil, *ubi suprà*, que le paiement dût être fait au domicile du débiteur, puisque, dans tous les cas, à moins de stipulation contraire, les frais du paiement sont à la charge du débiteur. *Voy.* néanmoins, dans le sens opposé, M. PIGEAU, *Proc. civ.*, t. 2, p. 491.]]

[[**2785** ter. *Les offres faites avant la levée du jugement dispensent-elles le débiteur de payer le coût de cette levée et d'une signification?*

La négative nous paraît hors de doute, soit que le débiteur acquiesce formellement, soit qu'il le fasse d'une manière implicite. L'arrêt ou le jugement d'appel sont des titres que la partie qui a gagné son procès doit vouloir rendre irréprochables ; la signification seule de ces actes judiciaires ferme toute voie de recours ordinaire : voilà pourquoi, toujours, les tribunaux condamnent expressément au coût de la levée et de la signification. Un acquiescement tacite, tel que le paiement des dépens, qui ne résulterait quelquefois que d'une quittance à la disposition de la partie condamnée, ne peut pas équivaloir à une

signification régulière; celui qui a gagné son procès doit pouvoir transmettre à ses successeurs l'arrêt ou le jugement qui forme un titre en sa faveur, etc., etc. Beaucoup d'autres raisons pourraient être données à l'appui de cette opinion, que, toujours, la partie qui réussit a le droit d'exiger le paiement d'une grosse et de sa signification. C'est comme les expéditions des actes notariés, qui sont toujours stipulées devoir être remises au vendeur aux frais de l'acquéreur.

Mais quoique, dans le cas de notre question, le débiteur doive être condamné au coût de la levée et de la signification du jugement, les offres ne sont pas nulles pour le seul fait d'avoir eu lieu avant cette levée et signification, si d'ailleurs elles réunissent les conditions prescrites par les art. 1258 et suiv. du Code civil. Ainsi jugé par l'arrêt de la Cour de Poitiers du 14 juill. 1819 (*J. Av.*, t. 17, p. 70), cité sous la question précédente.]]

[[**2785** quater. *La réponse que l'huissier déclare lui avoir été faite, dans son procès-verbal d'offres, est-elle authentiquement constatée, et fait-elle foi jusqu'à inscription de faux, alors que celui à qui les offres ont été faites a refusé de signer sa réponse?*

Non, dirons-nous avec M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 503, par la raison que la loi n'a pas donné aux huissiers, comme elle l'a donné aux notaires, le pouvoir de constater qu'une partie ne sait pas signer; cela résulte de différents articles du Code de procédure, qui, dans les actes passés devant un greffier et où la signature de la partie est nécessaire, exigent un pouvoir spécial devant notaire, lorsqu'elle ne peut donner cette signature.

Un arrêt de la Cour de Bruxelles du 5 août 1835 (*Journ.* de cette Cour de 1836, p. 74), a confirmé notre solution.

Disons toutefois que si le débiteur peut ne pas se contenter du procès-verbal de l'huissier, et exiger une quittance notariée afin qu'il en reste minute, il nous paraît évident que les frais, dans ce cas, doivent demeurer à sa charge.]]

ART. 814. Si le créancier refuse les offres, le débiteur peut, pour se libérer, consigner la somme ou la chose offerte, en observant les formalités prescrites par l'article 1259 du Code civil.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 295, n° 10; p. 296, n°s 11 à 15, et p. 298, n°s 20 à 23.] — Loi du 28 nivôse an XIII. — [Ordonn. des 3 juill. 1816, et 19 janv. 1835.] — Cod. civ., art. 1250 à 1264. — Cod. comm., art. 209. — Cod. proc. civ, art. 301. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Offres réelles et consignations*, n°s 14 à 19, 21, 70, 76 à 79, 81, 83 à 88, 90 à 93, 95, 99, 100. — Devilleneuve, v° *Offres*, n°s 2 à 6, 11 *bis*, et v° *Consignation*, n°s 14, 17 à 21, 24, 25, 41, 42. — Arm. Dalloz, v° *Offres réelles et consignation*, n°s 15, 80 à 83, 88, 90 à 92, 122, 129, 132, 140, 141, 144, 148, 154, 160, 164, 168, 171 à 17., et 186. — Locré, t. 23, p, 22, et 120, n° 2.

QUESTIONS TRAITÉES : Où doit s'effectuer la consignation lorsqu'il s'agit d'une somme d'argent? *Q.* 2786. — La consignation est-elle valable quoiqu'elle n'ait pas été faite au lieu où le créancier est domicilié, mais à celui qui a été élu pour l'exécution de l'acte? En est-il, dans ce cas, de même que dans celui des offres? *Q.* 2786 *bis*. — Où doit s'effectuer le dépôt d'un corps certain? *Q.* 2787. — Par le ministère de qui la consignation doit-elle se faire, pour être valable? Le receveur des consignations aurait-il qualité pour en dresser procès-verbal? *Q.* 2787 *bis*. — La consignation du prix d'une vente peut-elle être valablement faite, sans que le vendeur ni les créanciers y aient été appelés? *Q.* 2787 *ter*. — Lorsque le débiteur, autorisé à consigner, assigne le créancier à se trouver au lieu où doit se faire la consignation, est-il nécessaire, à peine de nullité, de notifier au créancier le récépissé du receveur, et de l'assigner aux délais fixés pour les ajournements? *Quid* si le créancier ne se présente pas? *Q.* 2787 *quater*. — Le délai de *trois* jours indiqué, pour la consignation des sommes dues par billets à ordre, est-il de rigueur? *Q.* 2787 *quinquies*. — Comment l'acceptation de la consignation, dont parle l'art. 1261, Cod. civ., peut-elle être faite, lorsqu'elle ne l'a pas été au moment du dépôt? *Q.* 2787 *sexies*.]

2786. *Où doit s'effectuer la consignation, lorsqu'il s'agit d'une somme d'argent?*

Elle doit être faite à la caisse des dépôts et consignations, c'est-à-dire chez

les receveurs et particuliers qui sont leurs préposés. (Loi du 28 niv. an XIII, 28 avril 1806, art. 110; Ordonn. du 3 juill. 1816.)

[[L'art. 7 de la loi du 28 niv. an XIII (*J. Av.*, t. 17, p. 23) autorisait la caisse d'amortissement à recevoir les consignations volontaires aux mêmes conditions que les consignations judiciaires, et il résulte d'une décision du ministre des finances du 26 fév. 1824 (*J. Av.*, t. 26, p. 157) qu'il est également dans le vœu de l'ordonnance du 3 juill. 1816 (*J. Av.*, t. 17, p. 57), relative aux attributions de la caisse des dépôts et consignations, que cette caisse reçoive généralement *toutes* les sommes dont les débiteurs veulent se libérer, de quelque nature qu'elles soient d'ailleurs. Il n'y a donc aucune induction à tirer à l'égard des dépôts dont l'objet n'est pas spécifié dans cette ordonnance du 3 juill. 1816, attendu qu'elle n'a pu prévoir tous les genres de dépôts; elle a rappelé ceux qui ont lieu le plus fréquemment, sans que les autres cessent d'être compris dans la généralité de ses dispositions (1).

Mais là se borne cette assimilation des consignations volontaires aux consignations judiciaires, établie par la loi du 28 nivôse an XIII. Elle ne s'applique qu'au mode de les recevoir, et non aux règles de cette même loi concernant le remboursement.

Il y a, en effet, quant au fond, une différence sensible entre ces deux espèces de consignations, dont la première, lorsqu'elle n'a été ni accompagnée ni suivie d'acceptation, ne présente aucun des caractères constitutifs du contrat. C'est ce que décide explicitement un avis du conseil d'Etat du 16 mai 1810 (*J. Av.*, t. 17, p. 31), d'après lequel la caisse d'amortissement ne peut exiger que la remise de son récépissé, revêtu de la décharge du consignateur, pour faire, quand elle en est requise, le remboursement des consignations volontaires par elle reçues, et qui n'ont été ni accompagnées ni suivies d'une acceptation ou opposition dûment notifiée au receveur de la caisse où la consignation a été faite. La Cour de cassation n'a pas été moins formelle, lorsqu'elle a jugé, le 14 avril 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 553; DEVILL., 1836.1.376), que la caisse des dépôts et consignations n'avait pas le droit d'exiger une quittance notariée des sommes qu'elle a à payer, et qu'une quittance sous seing privé était suffisante. Mais dans le cas d'une acceptation ou opposition, notifiée comme il vient d'être dit, le remboursement ne peut s'effectuer qu'à la vue et sur la remise d'un jugement ou d'un acte notarié, contenant le consentement des tiers acceptants ou opposants.

MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 504, et DELVINCOURT, t. 2, p. 759, font la même précision que nous.

Il résulte enfin d'une circulaire du grand juge, du 1er sept. 1812 (*J. Av.*, t. 17, p. 39), relative aux consignations judiciaires, que le remboursement n'en peut être effectué par la caisse d'amortissement qu'en vertu d'un jugement rendu, toutes parties intéressées présentes ou dûment appelées, et sur la présentation du certificat mentionné par l'art. 548, Cod. proc. civ. Ce remboursement ne pourrait plus, en conséquence, être ordonné par un jugement rendu sur *simple requête*, comme s'en plaignait alors le directeur général de la caisse d'amortissement.]]

---

(1) [L'ordonnance du 19 janv. 1835 (*J. Av.*, t. 48, p. 249), également relative aux sommes déposées volontairement par les particuliers, confirme toutes les dispositions principales de celle de 1816. Elle n'y apporte de modifications qu'en égard :

1° Au taux des intérêts réduits de *trois* à *deux* pour cent, et qui ne seront exigibles qu'à partir du soixante et unième jour du dépôt effectué (art. 1 et 2);

2° Au remboursement, qui ne pourra être exigé que quarante-cinq jours après la demande des ayants droit.

La caisse conserve néanmoins la faculté d'anticiper ce terme, selon ses convenances (art. 3).]

[[**2786** bis. *La consignation est-elle valable, quoiqu'elle n'ait pas été faite au lieu où le créancier est domicilié, mais à celui qui a été élu pour l'exécution de l'acte ? En est-il dans ce cas de même que dans celui des offres ?*

La consignation étant le complément nécessaire des offres pour qu'elles opèrent l'extinction de l'obligation (art. 1257), ou, en d'autres termes, pour qu'elles équivaillent au paiement, nous n'apercevons pas quel motif s'opposerait à ce que les règles qui sont communes à ce dernier comme aux offres s'appliquassent également à la consignation. Or, les art. 1247 et 1258, n° 6, Cod. civ., sont formels : toutes les fois qu'il y aura eu élection de lieu pour la réalisation du paiement, c'est à ce domicile élu que le paiement et les offres devront être faits ; dans le cas contraire, ils s'effectueront en parlant à la personne du débiteur, ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention qu'il ne faut pas confondre avec le lieu dont on est convenu pour l'exécution du paiement (art. 1258) (1).

Ces principes, consacrés du reste sous l'empire de la loi du 18 décem. 1790, Cassat., 23 messid. an IV (*J. Av.*, t. 17, p. 14), ont été appliqués par de nombreux arrêts. C'est ainsi que l'on a jugé :

1° Que si le contrat détermine en quel lieu la rente sera payée, les offres réelles ne peuvent être faites ni au domicile réel, ni à la personne du créancier ; Cassat., 8 avril 1818 (*J. Av.*, t. 17, p. 66) ;

2° Que le débiteur du prix d'un immeuble ne peut signifier des offres réelles de ce prix au domicile du vendeur, si l'acte de vente indique un domicile élu chez un tiers pour le paiement ; Nancy, 14 nov. 1828 (*J. Av.*, t. 40, p. 284) ; et aussi que l'acheteur, assigné en résolution de la vente pour défaut de paiement, ne peut, en offrant de payer à l'audience, couvrir la nullité des offres réelles qu'il aurait faites au domicile réel de son créancier, et qu'il devait faire au domicile élu chez un tiers (même arrêt).

Il devra donc en être de même de la consignation, dans ces divers cas, comme se contente de l'énoncer M. Delvincourt, t. 2, p. 760, et comme l'a jugé un arrêt de la Cour de Paris du 15 mai 1816 (*J. Av.*, t. 17, p. 56).

La Cour de Caen a même décidé, le 6 fév. 1826 (S. 27.2.223), sous l'empire de cette doctrine, que la consignation faite à un bureau autre que celui du lieu où doit *s'effectuer le paiement* est irrégulière et insuffisante.

Voy. au surplus, à l'appui de cette solution, *infrà*, la *Quest.* 2790, alinéa 3° de M. Carré.]]

2787. *Où doit s'effectuer le dépôt d'un corps certain ?*

Au lieu désigné par la justice, sur la demande du débiteur. (*V.* Code civil, art. 1264.)

[[M. Carré renvoie à l'art. 1264, Cod. civ., qui dispose, en effet, que lorsque la chose due est un corps certain qui doit être livré au lieu où il se trouve, le débiteur doit faire sommation au créancier de l'enlever, par acte notifié à sa personne ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention. (Art. 29, § 59 du Tarif.)

C'est après cette sommation que, si le créancier n'enlève pas la chose, le dé-

(1) [Quant à la question de savoir dans quel acte doit être contenue cette élection de domicile pour constituer la validité des offres, voyez *suprà*, notre *Quest.* 2010, où nous rapportons l'arrêt du 28 avril 1814, et Nîmes, 23 janv. 1827 (*J. P.*, 3e édit., t. 21, p. 74).]

biteur peut obtenir de la justice la permission de la mettre en dépôt dans un autre lieu.

Comment doit être demandée cette permission? Le Code ne s'en explique pas ; mais il est d'usage à Paris, qu'on se pourvoie, en pareille circonstance, par la voie du référé. Cette procédure nous semble la plus simple et la plus rationnelle. *Voy.*, au titre de la Surenchère, t. 5, p. 853, *Quest.* 2178, ce que nous avons dit des titres de rentes sur l'état, qui doivent être déposés, dans certains cas.]]

[[**2787** bis. *Par le ministère de qui la consignation doit-elle être faite? Le receveur des consignations aurait-il qualité pour en dresser procès-verbal?*

L'art. 1259, § 3 du Cod. civ., exige qu'il y ait dans ce cas procès-verbal dressé par l'*officier ministériel*, ce qui se rapporte, dit M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 503, à l'officier ministériel dont parle l'art. 1258, § 7, c'est-à-dire à l'huissier. L'art. 60 du Tarif, qui alloue taxe aux huissiers pour le procès-verbal de consignation, comme l'art. 59 le fait pour l'original du procès-verbal d'offres, et qui, de plus, leur enjoint d'en laisser copie à la caisse dépositaire ainsi qu'au créancier, s'il est présent, vient encore à l'appui de cette interprétation. Les huissiers ont donc *seuls* reçu de la loi le pouvoir de dresser ces sortes de procès-verbaux ; et celui qu'aurait rédigé le receveur de la caisse des consignations serait radicalement nul, comme l'a jugé la Cour de Nîmes, le 22 août 1809 (*J. Av.*, t. 17, p. 30), et comme le reconnaît M. Dumesnil lui-même, *Lois et règlements de la caisse des dépôts et consignations*, p. 259, n° 37, quoiqu'il n'admette pas, en thèse absolue (ainsi que M. PIGEAU, *ubi suprà*, n'hésite pas à le faire), que les procès-verbaux d'offres et de consignations seraient nuls s'ils étaient l'ouvrage *de tout autre* que l'huissier. Voy. *suprà*, dans le même sens, notre *Quest.* 2783.]]

[[**2787** ter. *La consignation du prix d'une vente peut-elle être valablement faite sans que le vendeur ni les créanciers y aient été appelés?*

Les termes impératifs de l'art. 1259, n° 1, ne laissent plus de doute, aujourd'hui, sur la nécessité d'appeler le créancier à la consignation, puisque la seule des formalités précédemment usitées dont il n'ait pas fait une condition irritante de validité en cette matière, est la déclaration et l'autorisation que le débiteur devait autrefois obtenir préalablement du juge (1).

Cette doctrine qu'enseigne également M. DUMESNIL, *Lois et règlements de la caisse des dépôts et consignations*, p. 256, n° 228, et qui peut s'étayer de deux arrêts des Cours de cassation, 12 fruct. an XI, et de Metz, 6 fév. 1819 (*J. Av.*, t. 17, p. 17, et p. 67; DEVILL., *Collect. nouv.*, 1.1.858), se trouve contredite à la vérité par deux autres arrêts de la Cour suprême des 12 frim. an X, et 18 germ. an XIII (*J. Av.*, t. 17, p. 18; DEVILL., *Collect. nouv.*, 1.1.560, 2.1.95),

(1) [Un arrêt du 11 prair. an X (*J. P.*, 3e édit., t. 2, p.598; DEVILL., *Collect. nouv.*, 1.1.648), avait jugé que la consignation n'était valable, avant le Code, qu'autant qu'elle était ordonnée par justice. Ce n'était pourtant pas une jurisprudence bien constante; car précédemment le tribunal de cassation s'était prononcé en sens contraire sur cette question (23 niv. an VI, 23 therm. an VIII, *ubi suprà*); et c'est d'après les mêmes principes qu'il décida, le 20 brum. an XIV (*J. Av.*, t. 17, p. 24), qu'il n'était pas nécessairement, avant le Code civil, que le créancier fut appelé à une consignation précédée d'offres réelles et autorisée par un jugement.]

qu'invoque M. TOULLIER, t. 7, p. 279, n° 216, dans le sens de l'affirmative. Mais les motifs donnés par ce savant auteur ne nous paraissent pas de nature à détruire notre opinion; car après avoir dit que l'art. 1259, n° 1, ne s'applique qu'aux consignations *volontaires* que fait un débiteur à la suite d'offres réelles au créancier ayant capacité pour recevoir (d'où il infère que l'acquéreur d'un immeuble peut consigner le prix sans appeler les parties intéressées; qu'il n'est pas nécessaire de rédiger un procès-verbal, la quittance du receveur devant suffire; et qu'enfin on peut se dispenser de notifier soit le procès-verbal, s'il en a été fait un, soit la quittance du receveur), cet auteur ajoute, p. 280, à la note : « Il est plus prudent, néanmoins, de les appeler en leur faisant signifier « le jugement qui ordonne la consignation, avec sommation de se trouver tel « jour, à telle heure, chez le receveur, pour y *être présents à la consigna-* « *tion.* »

Disons donc que ce que M. Toullier n'a pu s'empêcher de recommander comme une mesure de sagesse et de prudence, constitue une formalité réellement essentielle à la validité de la consignation, et que la distinction sur laquelle il fonde le système opposé, contrarie ce principe, qu'il ne faut pas vouloir distinguer là où le législateur ne distingue point.

Il en serait autrement, en matière d'adjudication sur saisie immobilière ou de purge d'hypothèques; dans ces cas spéciaux, l'adjudicataire qui voudrait opérer sa libération en consignant, ne serait pas tenu de se conformer aux formalités préalables qu'exigent, pour un débiteur ordinaire, les art. 1257 et suiv., Cod. civ.; c'est ce qui résulte des dispositions mêmes de l'art. 2186, Cod. civ., qui, en prononçant la libération de plein droit de l'acquéreur, à l'égard des créanciers ayant privilége ou hypothèque sur l'immeuble, par le seul fait de l'expiration du délai de la surenchère et à la seule condition, soit de payer le prix stipulé au contrat ou celui de l'adjudication entre les mains des créanciers qui seront en ordre de le recevoir, soit *de le consigner*, n'a déterminé aucune procédure applicable à cette consignation.

On pourrait dire, d'autre part, que l'impossibilité de réaliser les offres que suppose nécessairement, comme préliminaire indispensable, la sommation de venir voir consigner, est un argument de plus en faveur de notre opinion. Le prix de l'adjudication ne pourrait être réellement offert ni au vendeur, parce que l'immeuble grevé d'inscriptions à son préjudice ne lui appartient plus, ni aux créanciers, parce qu'on ne peut pas encore savoir ceux qui seront appelés à toucher.

La différence de situation entre un débiteur ordinaire et l'adjudicataire ou l'acquéreur, dans ce cas, explique la différence de rédaction des art. 1257 et 2186, Cod. civ., et, par voie de suite, les effets distincts de ces deux dispositions. Nul doute, selon nous, que, dans le cas du second article, la consignation seule et dégagée de toute autre formalité, n'opère la libération parfaite du débiteur. C'est au surplus ce qui a été jugé par trois arrêts des Cours de Bordeaux, 28 mars 1833, et 22 juin 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 595 et 601; DEVILL., 1833.2.375; 1837.2.12), et de Paris, 15 janv. 1824 (*J. Av.*, t. 26, p. 15).

Remarquons toutefois, en ce qui touche ce dernier arrêt, que la Cour de cassation, arrêt du 11 mai 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 127), en examinant la question sous un point de vue beaucoup plus restreint, semble l'avoir décidée implicitement dans le sens contraire. Dans l'espèce, l'adjudicataire avait fait des offres réelles au syndic de la faillite, et le point à juger était celui de savoir si ces offres le libéraient valablement, ou si elles n'auraient pas dû être faites à chacun des créanciers en personne, ce qui rend cet arrêt beaucoup moins applicable.]]

[[2787 quater. *Lorsque le débiteur, autorisé à consigner, assigne le créancier à se trouver au lieu où doit se faire la consignation, est-il nécessaire, à peine de nullité, de notifier au créancier le récépissé du receveur et de l'assigner au délai fixé pour les ajournements?*
Quid si le créancier ne se présente pas?

La négative, soutenue par M. LEPAGE, p. 545, 2e question, a été décidée avec raison, selon nous, par arrêt de la Cour de cassation, le 24 juin 1812 (*J. Av.*, t. 17, p. 36; DEVILL., *Collect. nouv.*, 4.1.134).

On conçoit, en effet, que le débiteur, qui a intérêt à se libérer, ne soit pas obligé d'accorder les délais ordinaires des ajournements. Si ces délais ont été fixés à une huitaine par l'art. 72, Cod. proc. civ., c'est que le défendeur assigné doit avoir le temps de réunir ses pièces, ses titres, ses moyens de défense. Dans le cas d'une sommation pour être présent à la consignation, il n'en est pas de même; le créancier n'a besoin que du délai nécessaire pour se transporter au lieu indiqué, et le débiteur est pressé de se libérer pour n'avoir pas à payer des intérêts souvent onéreux : aussi l'art. 1259, Cod. civ., ne parle-t-il pas du délai de la sommation. Le débiteur est donc autorisé à le donner aussi court qu'il est possible. Nous pensons cependant qu'il ne peut être moindre de vingt-quatre heures, lorsque le créancier est sur les lieux.

M. DUMESNIL, *Lois et règlements de la caisse des dépôts et consignations*, p. 258, n° 233, ne partage pas entièrement notre avis. Il lui paraît bien résulter des observations faites au conseil d'Etat, que le délai entre la sommation et le dépôt à la caisse peut varier, selon les circonstances, sans que le délai de huitaine soit indispensable; mais il tient, d'un autre côté, que, dans tous les cas, on doit observer l'art. 1033, Cod. proc. civ., relatif à l'augmentation du délai à raison des distances, ce qui nous paraît impliquer une contradiction manifeste de la part de cet auteur. (*V.* notre *Quest.* 2791 *bis.*)

Si, malgré cette assignation de la part du débiteur, le créancier ne se présentait pas, le premier devrait, aux termes de l'art. 1259, § 4, Cod. civ., lui signifier le procès-verbal de dépôt, avec sommation de retirer la chose régulièrement déposée.

Ici encore, la loi n'a point fixé de délai entre le procès-verbal de dépôt et la signification à faire au créancier non présent; d'où la conséquence que l'appréciation de ce délai, en tant qu'il peut influer sur la nullité de la consignation, est du domaine souverain du juge, lequel, ainsi que le proclamait Tronchet, lors de la discussion de cette partie du Code, tient du droit commun le pouvoir d'annuler la consignation, si les circonstances lui révèlent la fraude.

M. DUMESNIL, *loco citato*, n° 239, fait la même précision que nous.]]

[[2787 quinquies. *Le délai de trois jours, indiqué pour la consignation des sommes dues par billets à ordre, est-il de rigueur ?*

Non, dirons-nous avec un arrêt de la Cour de cassation du 3 brum. an VIII (*J. Av.*, t. 17, p. 16; DEVILL., *Collect. nouv.*, 1.1.263), invoqué dans le même sens par M. DUMESNIL, *Lois et règlements de la caisse des dépôts et consignations*, p. 265, n° 243, parce que la loi du 6 therm. an III est encore en vigueur, et que cette loi, qui permet à tout débiteur d'effets d'en consigner le montant trois jours après l'échéance, lorsque le porteur en est inconnu, n'oblige point ce débiteur à consigner *immédiatement* après les trois jours, et lui laisse, par conséquent, la faculté de consigner postérieurement au même délai. Telle est aussi l'opinion de MM. TOULLIER, t. 7, p. 273, n° 208, et PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, t. 1, p. 209.

C'est encore d'après les mêmes principes que la Cour de cassation a décidé, le 13 germ. an X (*J. Av.*, t. 17, p. 19; DEVILL., 1,1.621), que la consignation du montant d'un effet négociable, dont le porteur ne s'est pas présenté *dans les trois jours de l'échéance,* peut être valablement faite, même par un tiers, au nom du débiteur.

On consultera avec fruit les développements donnés par M. Dumesnil, *loco citato*, relativement à ces exceptions, consacrées par la loi du 6 therm. an III, dont l'application devient plus rare de jour en jour. La valeur des espèces, en effet, n'est plus soumise aux vicissitudes qu'elle éprouva à l'époque où le papier-monnaie avait remplacé le numéraire.]]

[[**2787** sexies. *Comment l'acceptation de la consignation dont parle l'art.* 1261 *du Code civil peut-elle être faite, lorsqu'elle ne l'a pas été au moment du dépôt?*

Nous pensons qu'elle peut l'être par une notification au débiteur, contenant la déclaration que le créancier accepte, et qu'il s'oppose à ce que la consignation soit retirée.

Indépendamment de la taxe à laquelle M. VERVOORT, p. 36, note *dd*, soumet cet acte d'acceptation, ainsi que la dénonciation faite au créancier qui n'a pas assisté au dépôt, nous ferons remarquer qu'il faut deux copies, l'une pour le débiteur et l'autre pour le dépositaire qui, ignorant l'acceptation, pourrait laisser retirer la somme consignée.]]

ART. 815. La demande qui pourra être intentée, soit en validité, soit en nullité des offres ou de la consignation, sera formée d'après les règles établies pour les demandes principales : si elle est incidente, elle le sera par requête.

Tarif, 75. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 300, n°s 32 à 39.] — Cod. proc. civ., art. 49, n° 7; art. 59 et 337. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Offres réelles et consignation*, n°s 22, 45, 46, 48 à 51. — Devilleneuve, v° *Offres*, n°s 10 et 11. — Arm. Dalloz, v° *Offres réelles et consignation*, n°s 23, 24, 93 à 98. — Locré, t. 23, p. 22, et p. 120, n° 3.

QUESTIONS TRAITÉES : Quand peut-on dire que la demande en validité ou en nullité est principale ou incidente? *Q.* 2788. — La demande dont il s'agit est-elle sujette à l'essai de conciliation lorsqu'elle est principale? *Q.* 2789. — Devant quel tribunal se portent les demandes en validité ou en nullité? *Q.* 2790. — Comment la demande est elle formée lorsqu'elle est incidente? *Q.* 2791. — Quand le créancier habite hors du continent français ou à l'étranger, comment faut-il procéder pour les offres, pour la consignation et pour la demande en validité? *Q.* 2791 *bis* (1).]

DXXVIII. Il est sensible que l'offre et la consignation sont deux actes distincts, successifs. L'art. 815 les soumet, à la vérité, à une forme commune pour ce qui concerne la demande en validité ou en nullité; mais les articles suivants les assujettissent, chacun de leur côté, à des formes particulières.

2788. *Quand peut-on dire que la demande en validité ou en nullité est principale ou incidente?*

Cette demande est *principale*, lorsqu'au moment où elle est intentée il

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

Le créancier à qui il a été fait des offres réelles peut en demander la nullité par action principale, et n'est pas obligé d'attendre, pour proposer la nullité par voie d'exception, que celui qui a fait des offres agisse; Cassat., 18 août 1813 (*J. Av*., t. 17, p. 42; DEVILL., *Collect. nouv.*, 4.1.424).]

n'existe entre le créancier et le débiteur aucune contestation précédente à laquelle elle se rattache; elle est *incidente*, lorsqu'elle est formée, pendant le cours d'une instance, sur une contestation à laquelle elle se rapporte. (*Voy.* Pigeau, t. 2, p. 467 et 468.)

[[On peut invoquer à l'appui de ces principes incontestables deux arrêts de la Cour de Paris des 9 flor. an XI, et 15 juin 1814 (*J. Av.*, t. 17, p. 21 et 50), qui ont jugé, le premier, que lorsque les offres réelles sont faites pour empêcher l'effet d'une demande en validité de saisie-arrêt, c'est le tribunal saisi de cette demande qui doit nécessairement connaître de celle formée en validité des offres; le second, que la demande en validité d'offres réelles faites au domicile élu, dans un commandement à l'effet d'une saisie-exécution, doit être portée devant le tribunal dont émane le jugement de l'exécution duquel il s'agit.

C'est dans le même sens que la Cour de Nîmes a jugé, le 9 mars 1830 (*Journ.* de cette Cour, t. 2, p. 252), qu'une demande en nullité d'offres réelles faite par un saisi au saisissant doit être considérée et jugée comme un incident à la saisie. (*Voy.* notre *Quest.* 2198, § V, t. 5, p. 418.)]]

2789. *La demande dont il s'agit est-elle sujette à l'essai de conciliation, lorsqu'elle est principale?*

Non, puisque l'art. 49, § 7, dispense de ce préliminaire les demandes sur les offres réelles.

[[Il ne peut y avoir le moindre doute sur ce point.]]

2790. *Devant quel tribunal se portent les demandes en validité ou en nullité?*

Il n'est pas douteux que ces demandes, lorsqu'elles sont incidentes, sont jugées par le tribunal saisi de la contestation principale; mais lorsqu'elles sont elles-mêmes principales, on peut demander si le tribunal du domicile du débiteur est le seul auquel la connaissance en appartienne?

La solution de cette question nous paraît dériver de la disposition de l'article 1258, § 6, Cod. civil, qui veut que les offres soient faites au lieu dont on est convenu pour le paiement, et que s'il n'y a pas de convention spéciale sur le lieu du paiement, elles soient faites à la personne ou au domicile du créancier, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention.

Or, il n'est pas douteux que la consignation doit être effectuée dans le bureau du lieu où les offres ont été faites, et, par conséquent, la demande en validité ou invalidité, soit des offres, soit de la consignation, est de la compétence du tribunal dans l'arrondissement duquel les offres ont été signifiées. (Voy. *Questions* de Lepage, p. 466, et le *Praticien*, t. 5, p. 67.)

[[Cette opinion, que nous partageons, est combattue par MM. Thomine Desmazures, t. 2, p. 407, et Dumesnil, *Lois et règlements de la caisse des dépôts et consignations*, p. 217, nos 219 et 220, sur le motif qu'une demande en nullité ou en validité d'offres est une demande *personnelle* qui, suivant la règle établie par l'art. 59 du Code de procédure, doit être portée devant le tribunal du domicile du défendeur. Autrement ce serait dire que les offres sont attributives de juridiction; et loin qu'on puisse induire des termes de la loi une pareille dérogation aux principes généraux, l'art. 815 porte au contraire que ces sortes d'actions seront formées d'après les *règles établies pour les demandes principales*.

Une simple considération nous semble réfuter péremptoirement ce raisonnement : le lieu où les offres ont été faites est celui du domicile, soit réel, soit d'élection du créancier qui, au fond, et dans tous les cas, doit être considéré comme le véritable défendeur. C'est dans ce sens qu'il a été jugé par la Cour de Paris,

le 15 mai 1816 (*J. Av.*, t. 17, p. 56), que la consignation était valable quoiqu'elle n'eût pas été faite au lieu où le créancier était domicilié, mais à celui qui *avait été élu pour l'exécution de l'acte.* — On peut encore invoquer à l'appui de notre opinion deux arrêts de la Cour de cassation, des 21 therm. an VIII (*J. Av.*, t. 14, p. 420), et 12 fév. 1811 (DEVILL., *Collect. nouv.* 3.1.293, et *J. Av.*, t. 17, p. 34). Ce dernier arrêt a décidé que la demande en validité d'offres du montant d'une lettre de change doit être portée devant le tribunal du lieu où la lettre de change était payable.]]

2791. *Comment la demande est-elle formée, lorsqu'elle est incidente?*

Elle est formée non par exploit, comme la demande principale, mais par une requête signifiée d'avoué à avoué, qui peut être grossoyée, et à laquelle on peut répondre. (*Voy.* Tarif, art. 75.)

[[Tous les auteurs s'accordent sur ce point.]]

[[**2791** bis. *Quand le créancier habite hors du continent français ou à l'étranger, comment faut-il procéder pour les offres, pour la consignation et pour la demande en validité* (1) ?

Lorsqu'il y a, dans la convention, domicile élu pour son exécution en général ou pour le paiement (Voy. *suprà*, *Quest.* 2786 *bis* et 2786 *ter*), la question ne présente pas de difficulté. C'est à ce domicile que les offres doivent être faites, et c'est devant le tribunal du lieu que la demande en validité doit être formée. (Voy. *Quest.* 2790.) Mais lorsqu'il n'existe aucune élection de domicile, la question a quelque gravité; en sera-t-il d'un acte d'offres comme d'un exploit d'ajournement? Suffira-t-il de le signifier au parquet du procureur du roi? Mais comment exécuter alors l'art. 813, Cod. proc. civ., qui prescrit de faire mention de la réponse du créancier? Le débiteur a bien su d'avance, en s'adressant au parquet, que ses offres ne pouvaient être ni acceptées ni refusées; dès lors, pour consigner, faudra-t-il qu'il attende que la réponse du créancier arrive après que le ministre lui aura expédié la copie? L'art. 814 du Code de procédure dit que c'est lorsque le créancier refuse, que le débiteur peut consigner, et peut-on considérer comme un refus le silence que l'huissier trouve au parquet du procureur du roi? Cependant, malgré ces objections, qui peuvent se présenter, nous pensons qu'il suffira au débiteur de faire ses offres au parquet. En effet, l'art. 1258 du Code civil ne dit pas que les offres ne pourront être faites qu'à la personne du créancier, il dit qu'elles doivent être faites à personne ou à domicile; l'art. 68, Cod. proc. civ., dit également que tous exploits seront faits à personne ou domicile, et, à l'égard des personnes demeurant hors du continent ou à l'étranger, le domicile dont parle l'art. 68 est, d'après l'art. 69, le parquet du procureur du roi. Les art. 68 et 69 établissent des règles générales qui s'appliquent à tous les exploits, et qui doivent s'étendre, par les mêmes motifs, aux actes d'offres. Comment pourrait-il en être autrement? Faudrait-il que le débiteur envoyât ses fonds et son pouvoir en pays étranger; qu'il se confiât à des officiers ministériels étrangers, dont il ne connaîtrait ni les devoirs ni la responsabilité, dans un pays peut-être où les offres réelles ne seraient point reconnues par la loi? N'est-ce pas à l'étranger, qui sait que son obligation est à terme, à élire domicile en France pour le paiement? N'est-il pas coupable de négligence? Or, quel est le but des offres réelles? C'est de libérer le débiteur, d'empêcher que

(1) [*Voy.* notre *Quest.* 2784 *bis*, sous l'article 812.]

les intérêts ne courentà son préjudice; dès lors, n'est-il pas juste de donner au débiteur diligent les moyens de se libérer, et de faire cesser les intérêts à l'égard de celui qui néglige de faire valoir ses droits? Aussi, nous pensons que non-seulement les offres au parquet du procureur du roi sont valables, mais que le débiteur peut faire résulter de là un refus, et consigner sans attendre les délais. C'est comme si le débiteur avait affaire à un créancier français dont le domicile ou la résidence en France seraient inconnus; toute la procédure serait également faite, dans ce cas, au parquet du procureur du roi; et après une sommation donnée au même parquet, sans observer de délai, et seulement avec l'indication du jour du dépôt, comme le prescrit l'art. 1259, Cod. civ., la consignation serait valablement faite.

A l'égard de la demande en validité d'offres, il est impossible d'admettre que le débiteur soit obligé d'aller plaider devant les tribunaux étrangers; l'art. 14, Cod. civ., l'autorise au contraire à traduire l'étranger avec qui il a contracté devant les tribunaux de France. Ce sera donc devant le tribunal du lieu où les offres auront été faites que la demande en validité sera formée, en observant l'art. 69, § 9, Cod. proc. civ. *Voy.* M. LEPAGE, p. 545, qui développe, sans les résoudre, les diverses difficultés que présente la question; il est seulement d'une opinion conforme à la nôtre sur la demande en validité. *Voy.* aussi les auteurs du *Praticien français*, t. 5, p. 69, qui disent qu'il faut procéder, sur la question posée, conformément à l'art. 69, § 9, Cod. proc. civ.]]

ART. 816. Le jugement qui déclarera les offres valables ordonnera, dans le cas où la consignation n'aurait pas encore eu lieu, que, faute par le créancier d'avoir reçu la somme ou la chose offerte, elle sera consignée; il prononcera la cessation des intérêts, du jour de la *réalisation*.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 301, n°s 40 et 41.] — Cod. civ., art. 1257 et 1259. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Offres réelles et consignation*, n°s 62, 74, 75, 94 et 94 *bis*. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n°s 125, 164, 183 et 184. — Locré, t. 23, p. 22, et p. 121, n° 4.
QUESTIONS TRAITÉES : Qu'est-ce que l'on doit entendre par le mot RÉALISATION de l'art. 816 ? *Q.* 2792. — Le débiteur qui a fait des offres réelles avant le jugement par lequel la consignation a été ordonnée est-il tenu de les réitérer ? *Q.* 2792 *bis*.]

2792. *Qu'est-ce que l'on doit entendre par le mot* RÉALISATION, *dans l'art.* 816?

M. Tarrible, dans son rapport sur le titre que nous expliquons (*Voy.* édit. de F. Didot, p. 298), dit que la *réalisation* dont il est question en l'art. 816, est celle du dépôt, parce que l'art. 1259 du Code civil décide textuellement que les intérêts sont dus jusqu'au jour du dépôt, et que les offres, quoique déclarées valables, ne pouvant éteindre la dette, ne peuvent non plus arrêter le cours des intérêts, jusqu'à la consignation, qui, seule, consomme la libération.

M. Pigeau combat cette opinion, par la raison qu'on a toujours distingué la *réalisation* de la *consignation*; que le législateur attache un sens différent à ces deux mots; que l'art. 1259 ne s'applique qu'aux consignations volontaires; qu'enfin, la *réalisation*, dans l'intention des commissaires rédacteurs du projet, est le jugement qui donne acte au débiteur de l'exhibition qu'il fait en justice des offres déjà faites au créancier.

M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 645, not. 7, accorde la préférence à l'opinion de M. Tarrible. Nous rapporterons ses motifs, qui nous déterminent aussi à adopter la même opinion.

Si, dit-il, le projet de Code faisait une différence entre la *réalisation* &

l'audience et la *consignation*, le Code ne l'a point admise, puisqu'à l'art. 829 du projet, où l'on établissait et autorisait cette réalisation pour la circonstance où le créancier avait refusé ces offres, le Code a substitué l'art. 814, qui, dans ce même cas, autorise seulement le débiteur à consigner, *en observant les formes prescrites par l'art.* 1259; d'où il résulte que M. Tarrible a eu raison de dire *qu'il ne s'agissait point de révoquer cet article, et que la consignation seule consommant la libération, les intérêts doivent courir jusque-là.*

« Remarquons, d'ailleurs, ajoute M. Berriat Saint-Prix, 1° que cette opinion est conforme aux principes du droit : *Oblatio sine pecuniæ consignatione non valet;* voilà ce que décide indirectement la loi *Acceptam* 19, *in pr., C., de usuris,* ainsi que l'a interprétée le Parlement d'Aix, qui, d'après cet axiome, a aussi jugé qu'une offre réelle, faite dans une sommation, n'avait pas pu arrêter les exécutions du créancier; 2° que le rejet de la réalisation à l'audience ne cause aucun préjudice au débiteur, parce que, pour consigner, il n'est point obligé, comme le prétend M. Pigeau, d'attendre la décision du tribunal. En effet, il n'est pas nécessaire, dit le même art. 1259, pour la validité de la consignation, qu'elle ait été autorisée par le juge; 3° enfin, que le Tribunat avait demandé la suppression de la procédure de réalisation, comme inutile et onéreuse. »

Nonobstant les autorités que nous venons de citer, et sur lesquelles nous avions fondé, n° 2579 de notre *Analyse*, la solution de la question ci-dessus, sur l'art. 1259, Cod. civ., M. TOULLIER, t. 7, p. 555, a pensé que l'art. 1257 portant que les offres réelles suivies d'une consignation libèrent le débiteur, on devait en conclure qu'une fois la consignation faite, la libération date du jour des offres. Cette opinion d'un auteur aussi distingué nous oblige à consigner ici toutes les raisons qui nous portent à persister dans celle que nous avons précédemment émise.

Et d'abord, nous rappellerons que l'art. 1259, n° 2, décide que la consignation n'est valable qu'autant que le débiteur a déposé la chose dans le lieu indiqué par la loi pour les consignations, *avec les intérêts jusqu'au jour du dépôt;* et comme nul ne peut devoir d'intérêts d'une somme dont il est libéré, il nous semble que décider que le débiteur tiendra compte jusqu'au jour du dépôt ou de la consignation effectuée, c'est décider assez clairement que la libération ne remonte pas au jour où les offres ont été faites; car s'il en était ainsi, les intérêts cesseraient, dès lors, de courir. M. Toullier en convient, et il conclut qu'il y a contradiction entre les art. 1257 et 1259.

Il paraît difficile de se persuader que le législateur, à un intervalle aussi peu considérable, ait établi deux propositions contradictoires, en disant, dans l'art. 1259, le contraire de ce qu'il avait dit dans l'art. 1257.

Résulte-t-il réellement de ce dernier article que la libération doive, lorsque la consignation a eu lieu, remonter au jour des offres?

Pour soutenir l'affirmative, M. Toullier interprète cet article de la manière suivante :

« L'art. 1257, dit-il, porte que les offres réelles, suivies de consignation, « libèrent le débiteur; or, ces expressions, *libèrent le débiteur*, se réfèrent à « celles-ci, *les offres réelles* : donc ce sont les offres, lorsqu'elles ont été « suivies de consignation, qui produisent la libération. »

Cette interprétation, purement grammaticale, nous semble contraire à l'intention du législateur. Nous croyons qu'on doit entendre ces termes, *les offres réelles, suivies de consignation, libèrent le débiteur*, comme s'il était dit : *La consignation qui a eu lieu d'après les offres réelles,* ou *la consignation précédée d'offres réelles.*

Ainsi le mot *libèrent*, conçu au pluriel, se rapporterait tant aux offres réelles qu'à la consignation, en sorte que la libération n'aurait lieu que lorsqu'il y

aurait eu tout à la fois offres réelles et consignation. Les offres ne sont qu'un préliminaire pour parvenir à la consignation, et ce dernier acte est celui qui consomme la libération.

Cette manière d'interpréter l'art. 1257 ne nous paraît point en opposition formelle avec son texte; et si l'on objectait que l'autre interprétation est plus conforme à la lettre, nous répondrions que celle qui concilie les différentes parties de la loi doit être préférée à celle qui les mettrait dans une contradiction choquante: *Esti maximè verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult.* « Il faut, dit Domat, préferer au sens qui peut « résulter d'une expression défectueuse, celui qui paraît, d'ailleurs, évident « par l'esprit de la loi entière. Si les lois où il se trouve quelque doute ou « quelque difficulté, ont quelque rapport à d'autres lois qui puissent en éclaircir « le sens, il faut préférer à toute autre interprétation celle dont les autres lois « donnent l'ouverture. »

Or, le sens de l'art. 1257, s'il pouvait paraître douteux, serait fixé par l'art. 1259, duquel il résulte clairement que c'est par la consignation et non par les offres que le débiteur est libéré; car, encore une fois, si sa libération datait du jour des offres, il n'aurait pas d'intérêts à payer pendant l'intervalle qui s'écoule jusqu'à la consignation.

Mais on insiste, et on prétend écarter entièrement la difficulté résultant de l'art. 1259, en disant qu'il y a été formellement dérogé par l'art. 816, Cod. proc. civ., portant que le tribunal, en déclarant les offres valables, ordonnera que, faute au créancier d'avoir reçu la somme ou la chose offerte, elle sera consignée et procurera la cessation des intérêts *du jour de la réalisation.*

Or, dit-on, *par réalisation* on ne peut entendre autre chose que les offres réelles : donc c'est du jour qu'elles ont été faites que les intérêts cessent de courir, et que, par conséquent, la dette est éteinte.

Il serait fort étonnant que l'art. 816, Cod. proc. civ., contînt une dérogation aussi formelle à l'art. 1259, Cod. civ., sans que cela fût exprimé d'une manière plus expresse.

Nous croyons que les rédacteurs de l'art. 816 ont entendu par le mot *réalisation* le dépôt effectif de la chose ou de la somme due, au bureau des consignations; s'ils l'avaient employé pour désigner les offres réelles, ils auraient dit: Le tribunal prononcera la cessation des intérêts *du jour des offres,* et cette interprétation nous semble devoir être admise avec d'autant plus de raison que, dans le même article, on s'est servi de ces expressions, *les offres,* et il est difficile de croire qu'en un intervalle de trois ou quatre lignes, on ait employé, pour exprimer la même chose, deux dénominations différentes.

Enfin, comment croire que le législateur ait entendu déroger, dans l'art. 816, Cod. proc. civ., à l'art. 1259, Cod. civ., qu'il venait de confirmer dans l'art. 814, en disant : « Si le créancier refuse les offres, le débiteur peut, pour se « libérer, consigner les sommes ou la chose offerte, *en observant les formalités* « *prescrites par l'art.* 1259, *Cod. civ.;* formalités au nombre desquelles se « trouve précisément celle *du dépôt, avec la chose offerte et les intérêts* « *d'icelle jusqu'au jour de ce dépôt?* »

[[Nous n'hésitons pas à nous prononcer dans le sens de l'opinion de M. Carré, quelque graves que soient la question et l'autorité contraire de MERLIN, *Répert.*, t. 16, p. 512; aussi n'insisterons-nous que sur quelques motifs secondaires négligés par notre savant maître, et qui nous déterminent d'autant plus à penser, avec MM. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 496; DELVINCOURT, t. 2, p. 760, note 5; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 409; FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 34; DUMESNIL, *Lois et réglements de la caisse des dépôts et consignations,* p. 365 et suiv., nos 379 et 381, et DEVILL., observ. sur l'arrêt

de Cass. du 27 flor. an X (*Collect. nouv.*, Vol. 1.1.642), que les intérêts ne cessent d'être dus que du jour de la consignation. Dans ce système, en effet, les trois articles, objet de la difficulté, s'expliquent naturellement les uns par les autres; et l'on n'est pas obligé de supposer que le législateur, qui rarement déroge au Code civil par le Code de procédure, l'a fait cette fois sans l'exprimer dans les motifs, ou du moins par une disposition encore plus obscure que les deux textes qu'elle avait eu pour mission d'éclaircir et de faire concorder, lorsqu'on voit, au contraire, que l'orateur du Tribunat a pris soin de dire qu'il ne s'agissait pas de réformer l'art. 1259.

M. TOULLIER trouve que son interprétation est conforme à l'équité; que, du moment que les offres sont faites, le débiteur ne fait plus valoir ses fonds; mais alors pourquoi ne consigne-t-il pas à l'instant même? Ne serait-il pas plus injuste de lui permettre de les garder longtemps, de manière à les faire fructifier, et de mettre les créanciers à sa merci par les chicanes et les lenteurs qu'il pourrait susciter sur la demande en validité?

C'est aussi le point sur lequel insiste particulièrement M. THOMINE DESMAZURES, *ubi suprà*, et qu'a formellement jugé dans le sens de notre opinion, un arrêt de la Cour de Besançon du 1er décemb. 1827 (*Journ.* de cette Cour, p. 227.)

Enfin, et en ce qui touche la distinction admise par MM. MERLIN et PIGEAU, *loco citato*, entre la consignation volontaire et celle ordonnée par jugement, après que les offres ont été réitérées, disons que cette opinion ne repose que sur l'usage qui existait, avant le Code, de réitérer les offres à l'audience. C'est ce qu'on appelait *réalisation;* mais cet usage, que le projet de Code voulait établir, a, au contraire, été supprimé. On ne voit donc pas comment le législateur ordonnerait la cessation des intérêts du jour d'une formalité qu'il n'a pas établie. Les discussions qui ont eu lieu sur le projet de Code, doivent éclaircir cette difficulté : on a considéré ce qu'on appelait la réalisation comme inutile. « Mais, dit M. Merlin, il est juste de faire cesser les intérêts avant la consignation, lorsque le créancier l'a retardée, soit par une demande mal fondée en nullité d'offres, soit par une opposition mal fondée à la demande tendante à ce qu'elles fussent déclarées valables. » Le raisonnement serait exact si réellement la consignation était retardée par le créancier et qu'elle fût impossible. Mais pourquoi le débiteur n'a-t-il pas consigné? malgré l'obstacle, il pouvait le faire : l'art. 814, Cod. proc. civ., lui en laissait formellement la faculté dans tous les cas, précisément pour le libérer et le dégager des intérêts.

Ce dernier motif nous paraît péremptoire; et il a été consacré de la manière la plus explicite, conformément à l'arrêt de Besançon précité, par les Cours de Colmar, 19 novemb. 1815 (*J. Av.*, t. 17, p. 51), et de Bordeaux, 16 janv. 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 754; DEVILL., 1833.2.180).

On pourrait bien invoquer encore avec quelques auteurs un arrêt du 27 floréal an X (*J. Av.*, t. 13, p. 58; DEVILL., *Collect. nouv.*, 1.1.643), où chaque opinion cherche un argument qui lui soit favorable; mais, selon nous, il ne peut servir à aucune, parce qu'il a été rendu sous l'empire des anciens principes.]]

[[**2792** bis. *Le débiteur qui a fait des offres réelles avant le jugement par lequel la consignation a été ordonnée, est-il tenu de les réitérer?*

Nous ne le pensons pas : l'art. 1258, Cod. civ., comme le disent MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 505, et MERLIN, *Répert.*, t. 3, p. 8, n'exige point, pour la validité de la consignation, qu'elle ait été autorisée par le juge : il suffit que

les formalités prescrites par cet article aient été remplies pour que le vœu de la loi le soit à son tour.

C'est aussi ce qu'a jugé un arrêt de la Cour de cassation du 16 vent. an XI (*J. Av.*, t. 17, p. 20; Devill., *Collec'. nouv.*, 1.1.773).

Voy. d'ailleurs notre question précédente.]]

Art. 817. La consignation volontaire ou ordonnée sera toujours à la charge des oppositions, s'il en existe, et en les dénonçant au créancier.

[Cod. proc., art. 557, 573, 575. — Locré, t. 23, p. 22, et p. 121, n° 6.

Question traitée : Si la dénonciation exigée par l'art. 817 était trop différée, les intérêts tomberaient-ils à la charge du débiteur, comme peine de sa négligence ? *Q.* 2793.]

DXXIX. Cet article suppose le cas où un créancier a arrêté, dans les mains d'un tiers, les sommes dues à son débiteur. Cette opposition ne doit cependant pas empêcher ce tiers de prendre la voie de la consignation pour se libérer, dès qu'il ne peut y parvenir autrement. Il pourra donc consigner sa dette, soit volontairement, soit à la suite d'une autorisation, mais il devra dénoncer les oppositions au créancier au préjudice duquel elles ont été faites. La charge des oppositions subsistera sur la somme consignée.

2793. *Si la dénonciation exigée par l'art.* 817 *était trop différée, les intérêts tomberaient-ils à la charge du débiteur, comme peine de sa négligence?*

La Cour de Douai, dans ses observations sur le projet, proposait de mettre les intérêts à la charge du débiteur, s'il laissait s'écouler plus de huit jours avant de faire la dénonciation.

Cependant la loi n'a fixé aucun délai pour cette dénonciation, et malgré ce silence, qui sans doute a été volontaire, les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 68 et 69, décident affirmativement la question que nous venons de poser.

Mais comment concevoir, dit M. Berriat Saint-Prix, p. 646, not. 9, que les intérêts puissent courir dès que l'obligation a été éteinte par la consignation? (*Voy.* Cod. civ., art. 1257.) Le créancier n'est-il pas d'ailleurs en faute? Ne devait-il pas accepter les offres? Sans doute il le devait, et c'est par cette considération que l'on n'a point eu égard à la proposition de la Cour de Douai, et que nous pensons que l'opinion des auteurs du *Praticien* ne doit pas être suivie.

[[C'est aussi notre avis, auquel il faut joindre celui de M. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 506. Cet estimable auteur citant une espèce où l'acquéreur d'un immeuble n'avait pas consigné son prix, sous le prétexte que les oppositions mises entre ses mains l'empêchant de se libérer, il était par suite déchargé du paiement des intérêts, dit que cette prétention n'avait pas de fondement, ainsi que le jugea la Cour de Bruxelles, le 9 août 1809 (*J. P.*, 3e édit., t. 7, p. 755); qu'il devait consigner, et qu'il aurait ainsi arrêté des intérêts courant par la seule force de la loi. Rien ne l'empêchait, en effet, de se décharger de cette obligation onéreuse; il ne devait imputer qu'à lui-même de ne l'avoir pas fait cesser par la voie qui lui était ouverte.

MM. Favard de Langlade, t. 4, p. 35, et Dumesnil, *Lois et règlements de la caisse des dépôts et consignations*, p. 325 et suiv., nos 325, 326 et 327, disent également que celui qui consigne a toute latitude à cet égard. Ce qui n'empêche pas M. Thomine Desmazures, t. 2, p. 410, de se prononcer dans le sens contraire par des considérations qui ne nous paraissent pas concluantes.]]

ART. 818. Le surplus est réglé par les dispositions du Code civil relatives aux offres de paiement et à la consignation.

Cod. civ., art. 1251, 1257 et suiv. — [Locré, t. 23, p. 23, et p. 121, n° 7.]

DXXX. Cet article était nécessaire pour avertir que les formes qui doivent accompagner les offres de paiement et la consignation, se composent, comme nous l'avons dit dans les préliminaires de ce titre, non-seulement de celles qu'il renferme, mais encore de celles que le Code civil présentait d'avance. Il faut donc, en toute procédure d'offres ou de consignation, ne pas oublier de conférer les dispositions de ces deux Codes.

[[Voy. *suprà*, p. 306, nos additions à la note 2 du préliminaire.]]

TITRE II.

Des droits des propriétaires sur les meubles, effets et fruits de leurs locataires et fermiers, ou de la saisie-gagerie, et de la saisie-arrêt sur débiteurs forains.

L'art. 2102 du Code civil accorde aux propriétaires et principaux locataires un privilége pour les loyers ou fermages, sur les fruits de la récolte de l'année et sur le prix de tout ce qui garnit la maison ou la ferme, ou qui sert à l'exploitation de cette dernière.

Le privilége s'étend jusqu'aux meubles et aux fruits du sous-locataire ou du sous-fermier, mais seulement à concurrence du prix de la sous-location, distraction faite de ce qui a été payé sans fraude et sans anticipation. (*Voy.* Cod. civ., art. 1753.)

Ce privilége, enfin, se conserve sur les meubles déplacés sans le consentement du propriétaire, pourvu que la revendication ait été faite dans le délai prescrit (1).

Le Code de procédure garantit les effets de ce privilége aux propriétaires et principaux locataires, en leur donnant un moyen prompt et facile de conserver ces objets jusqu'à ce qu'ils aient obtenu un jugement de condamnation contre leur débiteur.

Ce moyen est la *saisie-gagerie*, empruntée du droit romain, adoptée par la Coutume de Paris, et ainsi nommée parce que les choses saisies, ne pouvant être déplacées ni enlevées, deviennent un *gage* réel et assuré de la créance du saisissant.

On peut la définir un acte par lequel les propriétaires ou principaux locataires arrêtent, en vertu de bail écrit ou verbal, et pour sûreté des loyers et fermages qui leur sont dus, non-seulement les effets et fruits qui se trouvent dans leurs bâtiments ou sur leurs terres, mais encore les effets mobiliers qui auraient été déplacés sans leur consentement. (819, 820.)

En un mot, la saisie-gagerie est proprement une exécution du propriétaire sur les meubles et fruits des locataires et fermiers, *étant dans la maison ou sur les terres des propriétaires.*

---

(1) Il est de quinzaine pour les meubles de la maison, et de quarante jours pour ceux de la ferme. (Cod. civ., art. 2102, § 1er; Bruxelles, 10 août 1812; *Jurisp. du Cod. civ.*, t. 2, p. 224.)

Elle a toujours été considérée comme une action digne de la plus grande faveur, à raison de l'origine et de la nature des créances qu'elle tend à assurer, et qui, dans tous les temps, ont été privilégiées.

Entre cette saisie et celle que la loi autorise sur les effets mobiliers appartenant à un *débiteur forain*, il y a ce rapport d'analogie, qu'elle a voulu, dans celle-ci comme dans l'autre, conserver, par des voies promptes et faciles, les droits d'un créancier sur un gage mobile qui peut échapper à chaque instant.

On sent que celui qui contracte avec un débiteur *forain*, c'est-à-dire avec une personne qui n'aurait ni domicile ni habitation dans le lieu où elle se trouve accidentellement, courrait souvent risque de perdre le gage de sa créance, si la loi ne lui offrait un moyen de mettre ses intérêts en sûreté.

Tel est l'objet de la *saisie foraine*, imaginée par la Coutume de Paris, art. 173 à 177, et qui, par ses effets, est une véritable saisie-gagerie. On peut la définir l'acte par lequel le créancier d'un individu qui vient faire commerce dans une commune où il n'habite pas saisit les objets que cet individu peut avoir dans ce lieu (822); ou, en d'autres termes et plus généralement, c'est l'exécution faite par le créancier sur les meubles de son débiteur, trouvés hors de la commune de celui-ci et dans celle qu'habite le créancier.

Cette dernière voie d'exécution n'a pas, sans doute, la même faveur d'origine que la saisie-gagerie, mais la présence actuelle du débiteur devient, pour le créancier, un juste motif de pourvoir à ses intérêts par des mesures promptes, car il y a péril dans le retard.

Au reste, dans l'une comme dans l'autre de ces espèces, il convenait de subvenir au créancier, en dégageant les saisies de quelques-unes des formalités ordinaires, sans néanmoins les en rédimer à tel point qu'elles pussent devenir vexatoires pour le débiteur.

Ce sont les vues qui ont présidé à la rédaction des sept articles qui composent le présent titre.

La saisie gagerie se fait comme la saisie-exécution, et s'il y a des fruits, comme la saisie-brandon. (821.)

La saisie foraine admet la même forme que la saisie-gagerie des effets mobiliers, si ce n'est qu'il y a, en tout cas, dispense de commandement, mais nécessité de permission du juge. (822.)

Enfin, les règles communes à ces deux saisies sont, 1° qu'on ne peut vendre les effets qu'après jugement de validité, 2° que la vente et distribution du prix sont faites comme par suite d'une saisie-exécution ; 3° que les gardiens doivent représenter les effets sous peine de la contrainte par corps. (823, 824, 825.)

[[Il faut rapprocher du Code de procédure les art. 3 et 10 de la loi du 25 mai 1838, sur les justices de paix, dont voici le texte :

Art. 3. « Les juges de paix connaissent sans appel, jusqu'à la valeur de cent francs, et, à charge d'appel, à quelque valeur que la demande puisse s'élever,

« Des actions en paiement de loyers ou fermages, des congés, des demandes en résiliation de baux, fondés sur le seul défaut de paiement des loyers ou fermages ; des expulsions de lieux et des demandes en validité de saisie-gagerie ; le tout, lorsque les locations verbales ou par écrit n'excèdent pas annuellement, à Paris, quatre cents francs, et deux cents francs partout ailleurs.

« Si le prix principal du bail consiste en denrées ou prestations en nature, appréciables d'après les mercuriales, l'évaluation sera faite sur celles du jour de l'échéance, lorsqu'il s'agira du paiement des fermages ; dans tous les autres cas, elle aura lieu suivant les mercuriales du mois qui aura précédé la demande. Si le prix principal du bail consiste en prestations non appréciables d'après les mercuriales, ou, s'il s'agit de baux à colons partiaires, le juge de paix déterminera la compétence, en prenant pour base du revenu de la propriété le principal de la contribution foncière de l'année courante multiplié par cinq. »

Art. 10. « Dans les cas où la saisie-gagerie ne peut avoir lieu qu'en vertu de permission de justice, cette permission sera accordée par le juge de paix du lieu où la saisie devra être faite, toutes les fois que les causes rentreront dans sa compétence. (Cod. proc. civ., art. 819 et suiv.)

« S'il y a opposition de la part des tiers, pour des causes et pour des sommes qui, réunies, excèderaient cette compétence, le jugement en sera déféré aux tribunaux de première instance. »

On doit aussi consulter l'excellent traité sur les justices de paix de notre estimable collègue, M. Benech, p. 135 et suiv.]]

Art. 819. Les propriétaires et principaux locataires de maisons ou biens ruraux, soit qu'il y ait bail, soit qu'il n'y en ait pas, peuvent, un jour après le commandement, et sans permission du juge, faire saisir-gager, pour loyers et fermages échus, les effets et fruits étant dans lesdites maisons ou bâtiments ruraux, et sur les terres.

Ils peuvent même faire saisir-gager à l'instant, en vertu de la permission qu'ils en auront obtenue, sur requête, du président du tribunal de première instance.

Ils peuvent aussi saisir les meubles qui garnissaient la maison ou la ferme, lorsqu'ils ont été déplacés sans leur consentement; et ils conservent sur eux leur privilége, pourvu qu'ils en aient fait la revendication, conformément à l'article 2102 du Code civil.

Tarif 29, 61 et 76. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 301 à 303, nos 1 à 4 et 9.] — Cod. civ., art. 1728, 2102. — Cod. proc. civ., art. 586, 593, 608, 609, 826 et suiv. — [Notre Dict. gén. de proc., vo *Saisie-gagerie*, nos 1 à 9, 11 à 16, 25, 26 et 37. — Devilleneuve, *eod. verb.*, no 1. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 1 à 13, 16, 18 à 26. — Locré, t. 23, p. 24, p. 12?, no 8, et p. 145, no 4.

Questions traitées : Que doit-on entendre par ces mots : *Les propriétaires et principaux locataires? Q.* 2793 *bis.* — Peut-on comprendre dans la saisie-gagerie les objets que l'art. 592 déclare insaisissables? *Q.* 2794. — La seconde disposition de l'art. 819, portant que l'on peut faire saisir-gager à *l'instant*, en vertu de permission de juge, dispense-t-elle de faire un commandement au débiteur? *Q.* 2795. — Peut-on faire saisir-gager pendant les délais accordés à l'héritier pour délibérer? *Q.* 2796. — La troisième disposition de l'art. 819 s'applique-t-elle aux fruits qui auraient été déplacés? *Q.* 2797. — La revendication des meubles déplacés peut-elle avoir lieu, lors même qu'il serait prouvé que ceux qui resteraient dans la maison ou dans la ferme seraient suffisants pour couvrir la valeur des loyers ou fermages échus ou à échoir? *Q.* 2798. — Un propriétaire pourrait-il saisir, pour loyers et fermages à échoir, en cas de déplacement frauduleux, et lorsque les circonstances prouveraient que l'intention du locataire serait de soustraire peu à peu son mobilier aux poursuites de ce propriétaire? *Q.* 2799. — La saisie-gagerie peut-elle avoir lieu quand les meubles ont été déplacés par un locataire, qui les a transportés dans une maison qu'il a prise à bail d'un autre propriétaire? En d'autres termes : N'est-il pas nécessaire, en ce cas, d'employer la voie de la saisie-revendication, dont les règles sont établies au titre III, 2e partie, livre Ier? *Q.* 2800. — La même solution s'appliquerait-elle au cas où, par suite de vente faite par le locataire, ou de quelque autre manière que ce fût, les meubles se trouveraient entre les mains et au domicile d'un tiers? *Q.* 2801. — Quand le propriétaire a fait prononcer, faute de paiement, le résiliement du bail, quels sont les moyens légaux qu'il peut employer pour contraindre le locataire ou fermier à délaisser la possession? *Q.* 2802. — Quelle est, d'après les principes de la loi du 25 mai 1838, la compétence du juge de paix, en matière de saisie-gagerie? *Q.* 2802 *bis* (1).]

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

Quoique la saisie-gagerie ne puisse être exercée par les propriétaires sur les objets garnissant la ferme, d'après l'art. 819, Cod. proc. civ., que pour loyers et fermages échus, on doit cependant, en entendant sainement cette disposition, l'étendre à tout ce qui est dû en vertu du bail, et qui en peut être considéré comme l'accessoire immédiat. Besançon, 3 juin 1824 (*J. Av.*, t. 21, p. 224).]

[[**2793** bis. *Que doit-on entendre par ces mots :* LES PROPRIÉTAIRES ET PRINCIPAUX LOCATAIRES?

A l'égard des premiers, ceux qui ont la propriété actuelle des immeubles affermés ou loués, ou ceux qui exercent leurs droits, tels que les tuteurs, maris, etc., et les usufruitiers; à l'égard des seconds, ceux qui tiennent tout du propriétaire ou usufruitier et leurs cessionnaires. (Art. 1717, Cod. civ.)

C'est aussi l'explication qu'en donne M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 508.

Mais autant ce privilège de saisir-gager est étendu dans son exercice, autant il est essentiel à son existence que le droit spécial qui le constitue réside *actuellement* sur la tête de celui qui prétend l'exercer.

Ainsi, il est certain que le propriétaire qui a saisi les meubles de son locataire conserve le droit, soit de continuer ses poursuites, lors même que celui-ci tomberait ultérieurement en faillite, Paris, 19 oct. 1807 (*J. Av.*, t. 19, p. 502); Rouen, 17 mai 1826, et Paris, 20 avril 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 188; DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.2.303; 1831.2.160), et de se faire payer sur le prix de la vente, Rennes, 8 juin 1813, et 26 mai 1815 (*Journ.* de cette Cour, t. 4, p. 96 et 422), soit de faire vendre les meubles saisis, pour nouveaux loyers échus depuis la saisie, quoiqu'il ait été payé de ceux qui l'avaient provoquée; Paris, 6 avril 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 183); — qu'il est dispensé de faire vérifier sa créance, de l'affirmer devant le juge-commissaire et même de se présenter à la faillite; Paris, 28 sept. 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 716; DEVILL., 1837.2.21); — qu'une saisie-arrêt formée entre les mains du fermier contre le propriétaire ne peut faire obstacle à ce que ce dernier pratique une saisie-gagerie sur son fermier; Rennes, 22 juin 1836 (*J. Av.*, t. 53, p. 676) :

Mais il n'est pas moins incontestable que le droit de saisir-gager ne peut appartenir à celui qui a cessé d'être propriétaire, encore bien qu'il s'agisse de droits à lui acquis, lorsqu'il était propriétaire; Nîmes, 31 janv. 1820 (*J. Av.*, t. 19, p. 505; DEVILL., *Collect. nouv.*, 6.2.199); et même qu'il se soit formellement réservé son privilége lors de la vente; Orléans, 23 nov. 1838 (*J. Av.*, t. 57, p. 443; DEVILL., 1839.2.427).

L'existence d'un titre soit écrit, soit verbal, n'est pas moins nécessaire; son défaut impliquerait en effet la complète absence des motifs spécifiés dans la loi (motifs qui ont déterminé, de la part du législateur, la consécration de ce privilége exclusif), et ne pourrait être couvert, même par la permission de saisir-gager obtenue sur requête du président.

C'est ce qu'a décidé la Cour de Bourges, le 25 mars 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 189.)]]

2794. *Peut-on comprendre dans la saisie-gagerie les objets que l'art.* 592 *déclare insaisissables?*

Oui, dit M. THOMINE DESMAZURES, p. 299, excepté le coucher et les vêtements. C'est aussi ce que décide formellement l'art. 593 du Cod. proc. civ.

[[C'est donc à tort qu'il a été jugé par la Cour d'Orléans, le 14 juin 1821 (*J. Av.*, t. 19, p. 506), que le privilége du bailleur d'une usine ne s'étend point aux ustensiles dont se sert pour l'exploitation le locataire manufacturier, si cet arrêt a voulu parler d'objets qui auraient été mis dans l'usine par le locataire lui-même, et lui appartenant. Dans ce cas, en effet, la saisie aurait dû en être validée, aux termes du n° 6 de l'art. 592, Cod. proc. civ.

Mais la décision eût été bien rendue, selon nous, si, contrairement à ce que semble indiquer le texte de ce même arrêt, les ustensiles saisis avaient été affectés par des tiers aux nécessités de l'exploitation de l'usine. Dans ce cas, en

effet, comme dans ceux du louage ou du dépôt (Paris, 13 janv. 1810, *J. Av.*, t. 19, p. 424), ces objets n'auraient pu être considérés comme gage du loyer ou de la ferme, condition essentielle néanmoins pour qu'ils soient soumis à l'exécution du propriétaire. Cassation, 22 juill. 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 274; DEVILL., *Collect. nouv.*, 7.1.297), et 21 mars 1826 (*J. P.*, 3e édit., t. 20, p. 321).

La Cour de Rennes semble avoir décidé le contraire, le 19 août 1817 (*J. Av.*, t. 19, p. 504); mais dans l'espèce particulière où intervint cet arrêt, qui ne peut faire jurisprudence, il fut reconnu que la locataire saisie avait réellement l'entière disposition du mobilier de son mari, et que dès lors elle aurait pu très valablement l'affecter au privilége du propriétaire.

Cette circonstance de fait est déterminante en faveur de notre opinion.]]

2795. *La seconde disposition de l'art.* 819, *portant que l'on peut faire saisir-gager* A L'INSTANT, *en vertu de permission du juge, dispense-t-elle de faire un commandement au débiteur?*

On a dit, pour la négative, que la disposition dont il s'agit ne dispensait pas de faire un commandement, mais qu'elle avait seulement pour objet de faire accorder au créancier la faculté de saisir après commandement, sans être obligé d'attendre le délai d'un jour, qui, d'après la première disposition, doit s'écouler entre le commandement et la saisie. M. DELAPORTE, t. 2, p. 382, et M. PIGEAU, t. 2, p. 114, disent que ces mots, *à l'instant*, expriment que l'on peut saisir sans *commandement préalable.*

C'est bien notre avis, en ce sens que l'on entend par *commandement préalable* un acte antérieur à la saisie, qui fait courir un intervalle quelconque du jour de la signification à la saisie; et en effet, si ce n'était pas ainsi qu'il fallût entendre la seconde disposition, elle serait évidemment sans objet.

Mais il ne faut pas conclure de là que le procès-verbal de saisie ne doive pas contenir commandement de payer, ainsi qu'il se pratique dans toute autre espèce de saisie, même lorsqu'il a été fait un commandement préalable; il arrivera seulement que l'on pourra procéder de suite, comme on le fait après l'itératif commandement exigé pour les autres saisies.

[[Nous pensons également que le refus de paiement peut seul autoriser une mesure d'exécution, et que si la sommation immédiatement préalable à la saisie ne doit pas constituer un acte distinct, il faut néanmoins qu'elle soit constatée par la relation qu'en fait le procès-verbal.

C'est aussi l'avis de M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 413; et c'est dans ce sens qu'il faut appliquer un arrêt de la Cour de Bordeaux du 2 déc. 1831 (*J. Av.*, t. 43, p. 713; DEVILL., 1839.2.49), qui a jugé que la saisie-gagerie faite à l'instant, en vertu d'une permission du juge, est valable, quoique non précédée d'un commandement.]]

2796. *Peut-on faire saisir-gager pendant les délais accordés à l'héritier pour délibérer?*

Il est de principe que l'habile à hériter peut se faire autoriser, dans les cas d'urgence, à faire vendre des objets susceptibles de dépérissement, et que l'on ne peut rien induire de là contre lui pour le faire déclarer héritier.

Il semble donc que, par une juste réciprocité, les créanciers peuvent, dans tous les cas où il y a urgence, faire saisir-gager pendant les délais accordés à l'héritier pour délibérer, puisqu'ils pourraient faire vendre contre l'héritier.

Au reste, la saisie-gagerie est une mesure conservatoire, et conséquem-

ment il y aurait lieu à appliquer ce que nous avons dit aux *Quest.* 756 et 757, t. 2, p. 247.

Cette voie est préférable à la saisie-exécution, qui, de sa nature, peut être considérée comme n'étant pas une mesure conservatoire, attendu qu'on peut vendre sans la faire déclarer valable. Le porteur d'un titre exécutoire doit préférer la saisie-gagerie, pour éviter toute difficulté. (Voy. *Quest.* 2812.) Du reste, nous pensons que la saisie-exécution procéderait valablement, sauf à ne faire vendre qu'à l'expiration du délai.

[[Nous adoptons la solution affirmative de cette question, qui se trouve confirmée au surplus par deux arrêts des Cours d'Orléans, 20 août 1812 (*J. Av.*, t. 19, p. 438), et de Rennes, 5 mai 1814 (*J. P.*, 3e édit., t. 12, p. 197).

On consultera avec fruit notre titre des Saisies-exécutions.]]

2797. ***La troisième disposition de l'art.* 819 *s'applique-t-elle aux fruits qui auraient été déplacés?***

Quoique cette disposition, disent les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 75, ne parle *que des meubles qui garnissaient la maison ou la ferme*, il y a lieu de croire que l'on a voulu y comprendre les fruits, parce qu'ils sont, comme les meubles meublants, la garantie du propriétaire, et que, d'après l'art. 520, n° 2, du Code civil, dès que les grains sont coupés et les fruits détachés, ils sont meubles.

Mais M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 648, not. 4, répond, et avec raison, croyons-nous, 1° que ces mots de l'art. 819, *qui garnissaient*, etc., n'indiquent que des meubles; 2° que le même article, *in principio*, distingue très bien les fruits des meubles; 3° que si le Code civil, art. 2102, § 1er, *in fine*, où l'on a puisé, sur la demande du Tribunat, la disposition finale de l'art. 819, parle de la saisie du *mobilier* d'une ferme, cette expression, dont le sens est déterminé par ce qui précède, n'indique non plus que des meubles proprement dits; 4° qu'on peut reconnaître aisément des meubles déplacés, mais qu'il n'en est pas de même s'il s'agit des fruits. M. Berriat conclut, par suite de ces observations, que l'opinion des auteurs du *Praticien* n'est pas admissible.

Telle est aussi l'opinion de M. TARRIBLE. (Voy. *Nouv. Répert.*, au mot *Privilége*, sect. 3, § 2, n° 7, t. 9, p. 810 et 811.) « On ne peut se permettre, dit il, d'étendre le droit de revendication aux fruits même cueillis, qui forment une autre espèce, et qui ne peuvent, sous aucun rapport, être regardés comme des meubles garnissant la maison ou la ferme. »

[[C'est aussi l'opinion qui nous semble devoir être suivie. M. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 41, émet avec de grands développements un avis contraire. Il fait remarquer que les meubles proprement dits, étant la plus faible partie de l'avoir d'un fermier, il n'aurait qu'à les placer chez un voisin complaisant, pour les soustraire au privilége du propriétaire de la ferme. L'art. 2102 conserve à ce dernier son privilége sur le *mobilier* qui garnissait la ferme, lorsqu'il l'a revendiqué dans les quarante jours. Ce mot *mobilier* s'entend de tout ce qui est censé *meuble*, par opposition au mot *immeuble* (art. 535, Cod. civ.). Une ferme n'est pas exclusivement garnie de meubles meublants. Les greniers, fenils, etc., ne se garnissent, d'après leur destination naturelle que de grains, foins, etc.; ce n'est donc pas s'écarter des termes de la loi que d'appliquer aux fruits le § 3 de l'art. 819. On dit qu'il sera impossible de les reconnaître? Mais dans toute revendication, c'est au revendicant à prouver l'identité. La seule conséquence que l'on puisse tirer de l'objection, c'est que s'il ne prouve pas cette identité, il succombera dans sa demande.

Au surplus, M. Favard de Langlade pense que si le détenteur avait acquis

les objets, il pourrait se prévaloir de l'art. 2279, d'après lequel, en fait de meubles, la possession vaut titre, et qu'il ne resterait au revendicant d'autre ressource que de prouver la mauvaise foi de l'acquéreur. L'application de cet article à l'espèce ne nous paraît pas concluante, car il a pour but de dispenser le détenteur de produire un titre, et lorsque le détenteur en est muni, il n'a nullement besoin d'invoquer la faveur de la loi. Au surplus, l'art. 2102, et tous ceux qui autorisent la revendication, nous semblent faire exception à l'art. 2279. La loi n'impose à la faculté de revendiquer que deux conditions : la première, qu'elle soit faite dans un délai déterminé; la seconde, que l'identité soit démontrée. On conçoit, en effet, que la revendication serait illusoire, s'il suffisait d'invoquer sa possession ou bien un acte de vente. Les objets déplacés sans le consentement du propriétaire sont censés, par l'effet du droit qu'il a de les revendiquer, n'être jamais sortis de la maison ou de la ferme. Peu importe que le locataire ou fermier les ait vendus. Le privilége pour les loyers s'exercera d'abord, et les droits de l'acquéreur ne viendront qu'après. Peu importe donc que la vente soit frauduleuse ou sincère. C'est aussi pourquoi nous ne pouvons accorder au propriétaire le droit de revendication, parce que les ventes faites sur un marché public n'offriraient plus aucune garantie. Si celui qui achète des meubles meublants d'un individu quelconque peut bien, avant de payer, laisser passer les délais de revendication, et même s'informer si le propriétaire est désintéressé, de semblables précautions seraient impraticables de la part d'un acquéreur de fruits, qui souvent les achète à cinq lieues de l'endroit où ils ont été récoltés, les paie comptant, et part le soir pour aller en acheter d'autres à une plus grande distance.

Le fermier a le droit de vendre ses récoltes sur pied, ou il n'est que le serviteur du propriétaire, et si celui-ci n'a pas pu considérer, en louant, que les récoltes seraient toujours son gage, comment pourrait-il exercer une revendication? De plus, cette revendication serait funeste aux intérêts de tous les colons; ce n'est qu'en vendant leurs récoltes qu'ils paient le prix de leurs fermes; ils doivent donc rester maîtres absolus de disposer de ces récoltes comme bon leur semble.

M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 414, fait valoir la même considération dans le sens de la négative.]]

2798. *La revendication des meubles déplacés peut-elle avoir lieu, lors même qu'il serait prouvé que ceux qui resteraient dans la maison ou dans la ferme seraient suffisants pour couvrir la valeur des loyers ou fermages échus ou à échoir?*

Selon la jurisprudence de la Cour de Paris, consacrée par un arrêt du 2 octobre 1806 (*J. Av.*, t. 19, p. 501), rapporté par SIREY et DENEVERS, 1807, *suppl.*, p. 30, et cité par MM. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 489, et HAUTEFEUILLE, p. 153, les droits de gagerie du propriétaire sur les meubles de son locataire s'étendraient indéfiniment sur tous les meubles apportés par le fermier ou le locataire, même au delà du montant des loyers et fermages, à tel point que le locataire ou fermier ne pourrait en déplacer aucun sans le consentement du propriétaire; ainsi, quand bien même il serait prouvé que ceux qu'il a laissés seraient suffisants pour couvrir la valeur des loyers ou fermages échus ou à échoir, le propriétaire pourrait contraindre le locataire à les rapporter.

Cet arrêt est fondé sur ce que *tous* les meubles garnissant une maison ou une ferme répondent, sans distinction, de la totalité des loyers échus ou à échoir.

M. Demiau-Crouzilhac fait, sur cet arrêt, les observations suivantes : « Il faut convenir, dit-il, que cette jurisprudence est un peu trop sévère; elle est

même injuste, car elle excède le but et l'intention du législateur, qui n'a pas eu en vue de paralyser d'une manière absolue les facultés mobilières des locataires ni des fermiers, mais seulement d'assurer aux propriétaires le paiement des loyers ou fermages.

« L'intention du législateur, ajoute M. Demiau-Crouzilhac, se manifeste sur ce point d'une manière non équivoque, dans l'art. 1752, Cod. civ., d'après lequel le locataire peut être expulsé lorsqu'il ne garnit pas la maison de meubles *suffisants, à moins qu'il ne donne des sûretés capables de répondre du loyer;* d'où il faut conclure que la condition du locataire qui a apporté des meubles ne doit pas être plus dure que celle de celui qui n'en a apporté aucun; et si celui-ci peut se dispenser de garnir la maison en donnant des sûretés *pour répondre des loyers,* pourquoi et par quel motif l'autre serait-il inhibé de déplacer quelques meubles, si d'ailleurs il donne des sûretés suffisantes qui remplissent le même objet, si les meubles qu'il laisse égalent cette sûreté? *L'intérêt doit toujours être la mesure des actions;* ainsi, lorsque le propriétaire d'une maison ou d'une ferme veut s'opposer au déplacement de quelques meubles de son locataire ou fermier, ou revendiquer ceux qui auraient été déplacés sous le seul prétexte qu'il en a le droit, sa demande doit être rejetée comme vexatoire, s'il y a dans les meubles restants une valeur suffisante pour faire face aux loyers ou fermages échus ou à échoir, et si on lui donne des sûretés qui les suppléent, parce que le législateur n'a eu en vue que de garantir le paiement au propriétaire. »

D'après ces motifs, qui nous paraissent évidemment fondés sur l'esprit de la loi, nous ne pensons pas que l'on puisse s'attacher au texte de la troisième disposition de l'art. 819 d'une manière si rigoureuse, que l'on doive considérer l'arrêt de la Cour de Paris comme ayant absolument fixé, en point de jurisprudence, la solution de la question que nous venons d'examiner. Cependant toutes les raisons que nous venons d'exposer, d'après M. Demiau-Crouzilhac, furent développées devant la Cour de Paris, et n'ont pas empêché de rendre l'arrêt dont cet auteur combat la décision.

[[Les motifs sur lesquels s'est fondé M. Demiau-Crouzilhac nous paraissent concluants, et c'est avec raison, selon nous, que MM. Carré et FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 41, s'élèvent contre la rigueur injuste de l'arrêt du 2 octobre 1806.]]

2799. *Un propriétaire pourrait-il saisir, pour loyers et fermages à échoir, en cas de déplacement frauduleux, et lorsque les circonstances prouveraient que l'intention du locataire serait de soustraire peu à peu son mobilier aux poursuites de ce propriétaire?*

Nous nous sommes expliqué, sur la 2003ᵉ *Quest.*, t. 4, p. 682, de manière à faire présumer le contraire; mais, nonobstant la disposition de l'art. 819, qui n'autorise la saisie que pour loyers et fermages *échus,* nous croirions, dans l'espèce de notre question, où le mauvais dessein du locataire serait prouvé, que l'on pourrait autoriser la saisie-gagerie comme *mesure conservatoire;* autrement, que pourrait faire le propriétaire pour empêcher le divertissement des meubles?

Dirait-on qu'il aurait la ressource de la revendication des effets déplacés?

Mais pour assurer le succès de la revendication, il faudrait qu'il veillât continuellement au domicile de son locataire.

Ne pourrait-on pas soutenir avec raison que l'enlèvement furtif que fait un locataire de ses meubles autorise le propriétaire à demander son expulsion, puisqu'il n'y a plus de sûreté pour lui dans la continuation du bail?

Ne peut-on pas ajouter que l'art. 1188 du Code civil est applicable au loca-

taire ; que celui-ci ne saurait invoquer le bénéfice du terme, et que c'est une raison pour autoriser la saisie-gagerie ?

Enfin, le propriétaire ne pourrait-il pas, en demandant le résiliement du bail, conclure à ce que la saisie-gagerie fût jugée valable, et à ce que, faute au défendeur de payer le loyer devenu exigible en tout ou partie, la vente fût ordonnée ?

Nous sommes porté à considérer une telle poursuite comme fondée, et nous croyons que ce locataire n'aurait d'autre moyen d'éviter l'effet de ces conclusions, que d'offrir une caution solvable pour sûreté du loyer ; moyennant cette caution, le propriétaire serait désintéressé et la mainlevée de la saisie ordonnée (1).

[[Il résulterait d'une décision de la Cour suprême, en date du 8 déc. 1806 (*J. Av.*, t. 19, p. 411 ; DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.1.318), que le propriétaire ne peut exercer de privilége sur les objets qui garnissent sa maison ou sa ferme que pour *termes échus*. Mais ce qui modifie singulièrement la portée de cet arrêt de rejet, c'est que, dans l'espèce où il intervint, il fut établi que rien ne justifiait que le bailleur à cheptel eût éprouvé de diminution de sûretés dans son gage ; or, c'est là, néanmoins, le point essentiel de notre question. Tant que les lieux demeurent garnis d'un mobilier suffisant, le propriétaire ne court aucun risque ; il n'a pas le droit de se plaindre, puisqu'il pourra, quand il le jugera convenable, le saisir-gager pour sa garantie. Dans ce dernier sens, nous ne saurions approuver un autre arrêt de la Cour de cassation du 16 déc. 1807 (*J. Av.*, t. 19, p. 503, et *J. P.*, 3e éd., t. 6, p. 390), qui a jugé que la faillite du locataire autorise le bailleur à demander caution hypothécaire ou résiliation du bail, quand même *le failli offrirait de garnir les lieux de meubles suffisants.* On serait fondé, selon nous, d'opposer au bailleur, en ce cas, l'exception tirée du défaut d'intérêt. Car, si, aux termes des art. 1188 et 1613, Cod. civ., dont, avec la Cour de Paris, 16 août 1825 (*J. P.*, 3e éd., t. 19, p. 806), nous reconnaissons les principes comme parfaitement applicables au contrat de louage, la faillite du locataire est un motif suffisant de résiliation du bail, précisément parce qu'elle affecte les gages du locateur, qu'elle diminue ses sûretés, nous pensons aussi qu'il ne faut admettre cette doctrine, approuvée par M. DUVERGIER, t. 1er (*Continuat. de M. Toullier*, t. 18, n° 538), qu'avec les tempéraments qu'y apporte la jurisprudence ; et par exemple, comme l'a jugé la même Cour de Paris, le 16 mars 1840 (*J. P.*, 3e édit., t. 1er de 1840, p. 398), que si la faillite n'a point compromis les intérêts du bailleur, si les lieux loués continuent d'être garnis d'un mobilier suffisant, ou s'il résulte soit des stipulations faites à son profit, soit de l'offre d'une caution valable, que les loyers seront payés, ce bailleur est sans droit pour demander un supplément de garantie.

De même, et pour rentrer dans les termes de la question, il ne faut pas croire qu'on pût valablement opposer, comme exception à la saisie-gagerie du propriétaire, la faculté qu'il a de demander la résiliation du bail, s'il ne trouve pas les lieux garnis de meubles suffisants pour répondre du loyer ; ce serait autrement rendre son privilége illusoire en favorisant la fraude ; puisqu'il n'aurait aucun moyen d'empêcher le divertissement clandestin du mobilier de son loca-

---

(1) *Voy.*, sur l'application de l'art. 1188, Cod. civ., un arrêt de la Cour de cassation du 16 déc. 1807 (S. 8.1.162) ; il a trait à la question que nous venons d'examiner ; voy. aussi ce que dit M. Toullier, sur le cas où le débiteur est déchu du terme et sur les mesures conservatoires qu'un créancier peut prendre, t. 6, p. 744 et suiv., surtout au n° 674, p. 705 ; et enfin, à l'appui de notre opinion, voy. le Commentaire de FERRIÈRES, sur l'art. 271 de la Coutume de Paris, n° 25, t. 2, col. 1244.

taire. Le seul fait du déplacement, la seule soustraction du gage, dit M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 413, autorise le propriétaire à revendiquer les meubles déplacés sans son consentement; et le Code ne dit point qu'il ne puisse revendiquer que lorsqu'il y a des loyers échus.

Ces motifs acquièrent encore plus de poids, si l'on considère que la saisie-gagerie est une mesure purement conservatoire, qui doit, en définitive, être validée par le juge, et qui ne peut conséquemment porter la moindre atteinte aux intérêts du locataire débiteur. Voy., *infrà*, la *Quest.* 2812.]]

2800. *La saisie-gagerie peut-elle avoir lieu quand les meubles ont été déplacés par un locataire qui les a transportés dans une maison qu'il a prise à bail d'un autre propriétaire ?*

En d'autres termes: *N'est-il pas nécessaire, en ce cas, d'employer la voie de la saisie-revendication, dont les règles sont établies au titre* 3, 2e *part., liv.* 1er?

Le doute vient de ce que l'art. 819 porte, 3e alinéa, « que les propriétaires « peuvent saisir les meubles qui garnissaient la maison, lorsqu'ils ont été dé- « placés sans leur consentement, et qu'ils conservent sur eux leurs priviléges, « pourvu qu'ils en aient fait la *revendication*, conformément à l'art. 2102 du « Code civil; » d'où l'on conclut qu'en ce cas, on doit se conformer aux dispositions du titre 3, parce qu'il n'est pas probable que le Code civil et le Code de procédure eussent indiqué une *revendication* comme une addition nécessaire pour conserver le privilége, sans l'assujettir à certaines formalités. Or, dit-on, les formalités de la *revendication* sont indiquées par le titre 3.

Cette opinion paraît être celle de M. DELVINCOURT, t. 2, p. 623, n° 2; mais si l'on fait attention que l'art. 819 indique les cas où la *saisie-gagerie* peut avoir lieu, on ne peut s'empêcher de reconnaître que le droit qu'il accorde de *saisir* les meubles déplacés s'entend de la *saisie-gagerie*, et que, par conséquent, le mot *revendication* exprime la revendication opérée par cette *saisie*. Cette interprétation devient d'autant plus certaine, quand on considère que l'art. 819 ne détermine, soit formellement, soit par un renvoi au titre 3, aucunes autres formalités que celles de la saisie-gagerie.

Nous croyons donc, avec M. PIGEAU, t. 2, p. 484, que la saisie-gagerie est autorisée dans le cas où les meubles ont été transportés par le locataire dans une autre maison, pourvu toutefois qu'elle ait lieu dans les délais fixés par l'art. 2102 du Code civil (Voy. *Rapp. du tribun Tarrible*, édit. de F. Didot, p. 300). C'est aussi ce que la Cour de Rennes a formellement jugé par son arrêt du 7 mars 1816 (1) (*J. Av.*, t. 19, p. 504 et p. 192).

Mais, à ce sujet, nous ferons deux observations qui nous paraissent importantes.

Premièrement, il est toujours entendu que le propriétaire n'est obligé de prendre la voie de la saisie-gagerie qu'autant qu'il n'a point de titre exécutoire; car, dans le cas contraire, il peut saisir *pleinement* et *exécuter*, soit que les meubles aient ou n'aient pas été déplacés. (*Voy.* PIGEAU, *ubi suprà*, et Observ. de FERRIÈRES sur l'art. 161 de la Cout. de Paris, dans son grand Comment.)

(1) Cet arrêt est ainsi conçu : « Attendu « qu'il résulte du rapprochement des art. 819, « 826 et 827, Cod. proc. civ., qu'il ne s'agit « pas, dans le premier, d'une *saisie-revendication*, mais bien d'une *saisie-gagerie*; « qu'ainsi, le propriétaire d'une maison que « le locataire a quittée, en emportant ses « meubles dans une autre, est réputé les « trouver aux possessions de son débiteur, « et peut se borner à *saisir-gager*, sans « exercer la saisie-revendication; qu'il a « fait tout ce qu'il devait, en se conformant « à l'art. 819, et en agissant dans le délai « voulu par l'art. 2102, Cod. civil. »

Secondement, lorsqu'il y a un déplacement, il est bon que le propriétaire fasse *reconnaître les meubles* pour éviter les contestations qu'un second propriétaire ou toute autre partie intéressée pourrait élever sur l'identité. (POTHIER, *Contrat de Louage*, n° 264.)

[[Un nouvel arrêt de la Cour de Rennes, 19 août 1817 (*J. Av.*, t. 19, p. 504), a confirmé cette solution, que nous adoptons comme M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 415, mais avec les modifications précisées à la question suivante.

Remarquons de plus, sur la première des observations faites par M. Carré, qu'il n'est pas vrai d'enseigner d'une manière absolue que le propriétaire peut, lorsqu'il est porteur d'un titre exécutoire, *saisir-exécuter*. Car, si le propriétaire de la maison où les meubles ont été transportés voulait, de son côté, exercer son privilége, il est évident, selon nous, que la saisie-revendication serait le seul moyen de lui être préféré.]]

2801. *La même solution s'appliquerait-elle au cas où, par suite de vente faite par le locataire, ou de quelque autre manière que ce fût, les meubles se trouveraient entre les mains et au domicile d'un tiers?*

Dans la précédente question, nous avons toujours supposé que les meubles, quoique déplacés, n'avaient pas cessé d'être en la possession du débiteur.

Mais dans l'hypothèse contraire que nous établissons maintenant, nous estimons que le propriétaire, qui ne saurait perdre son droit de suite, c'est-à-dire son privilége (Voy. POTHIER, *Contrat de louage*, n° 261), ne peut le conserver que par la voie de la saisie-revendication, dont traitent les art. 826 et suiv., au titre 3.

Aussi la Cour royale de Rennes, dans son arrêt du 17 mars 1816 (*Voy.* la précédente question), a-t-elle eu soin de noter cette circonstance dans ses motifs (*Voy.* la note), parce qu'elle était déterminante, dans l'espèce, pour écarter le système de l'intimé, qui prétendait que la saisie n'avait pu se faire que dans la forme des saisies-revendications.

[[C'est dans le sens de cette distinction rationnelle, qu'il a été jugé, le 27 fév. 1834 (*J. P.*, 3e édition), par la Cour de Poitiers, que le locateur d'une ferme pouvait revendiquer les bestiaux qui la garnissaient, quoiqu'ils en eussent été déplacés et saisis par un autre créancier du locataire.]]

2802. *Quand le propriétaire a fait prononcer, faute de paiement, le résiliement du bail, quels sont les moyens légaux qu'il peut employer pour contraindre le locataire ou fermier à délaisser la possession ?*

La solution de cette question, dans l'espèce particulière où elle est posée, dépend de savoir quels sont les principes d'après lesquels on doit exécuter tout jugement qui ordonne de désemparer soit un fonds de terre, soit une maison.

Avant la publication du Code de procédure, et lorsqu'il s'agissait d'un fonds, on se conformait aux dispositions des art. 1 et 3, tit. 27 de l'ordonnance, ainsi conçus :

Art. 1er. « Ceux qui auront été condamnés par arrêt ou jugement passé en « force de chose jugée, à délaisser la possession d'un héritage, seront tenus « de le faire *quinzaine* après la signification de l'arrêt ou jugement, à personne « ou domicile, à peine de 20 fr. d'amende. »

Art. 3. « Si, quinzaine après la première sommation, les parties n'obéissent « à l'arrêt ou au jugement, elles pourront être *condamnées par corps* à délaisser « la possession de l'héritage, et en tous dommages-intérêts des parties. »

Ces dispositions de l'ordonnance ont été remplacées par celle de l'art. 2061

du Code civil; il porte : « Ceux qui, par un jugement rendu au pétitoire, et « passé en *force de chose jugée*, ont été condamnés à désemparer un fonds, et « qui refusent d'obéir, peuvent, par un second jugement, être contraints par « corps à délaisser la possession, quinzaine après la signification du premier « jugement à personne ou à domicile. »

Aucune disposition n'existe relativement à la contrainte de délaisser une maison; mais cette contrainte ne peut s'exercer autrement que par *l'éjection des meubles* et l'expulsion de la personne.

Ainsi, dit RODIER, sur l'art. 1er, titre 27 de l'ordonnance, « lorsqu'il s'agit de « faire délaisser la possession d'une maison occupée par le condamné, à titre « de loyer ou autrement, on use de la voie de *l'éjection des meubles, et de la « personne même à la rue.* »

On a prétendu que cette voie d'exécution ne pouvait être pratiquée sous l'empire du Code de procédure, 1° parce que l'art. 1041 abroge *toutes lois, coutumes et usages anciens*, relatifs à la procédure; 2° parce que l'art. 2061 du Code civil ne prononçant que la *contrainte par corps*, on ne pouvait admettre d'autre mode de contrainte en cas de délaissement.

Nous répondons que l'art. 1041 n'abroge que les anciennes règles concernant la forme de procéder, et non pas celles qui établiraient ou reconnaîtraient des voies d'exécution telles que celles dont il s'agit; et, quant à l'argument tiré de l'art. 2061, nous ferons observer que l'éjection des meubles avait lieu autrefois nonobstant la disposition semblable de l'art. 3, titre 27 de l'ordonnance; que, d'ailleurs, si la contrainte par corps suffit pour le délaissement d'un fonds de terre, parce qu'elle tient le condamné dans l'impuissance de faire des actes de maître et de possesseur, il n'en serait pas ainsi dans le cas de délaissement d'une maison, puisque le jugement qui l'ordonnerait resterait sans effet, malgré l'emprisonnement du condamné, tant que celui-ci résisterait à enlever ses meubles.

Au reste, cette voie d'exécution a continué d'être usitée malgré le silence du Code de procédure, parce qu'elle est fondée sur la nature des choses. (*Voy.* arrêt de la Cour de Colmar du 7 juill. 1810, S. 16.2.96.) Nous avons à examiner maintenant les règles de son exercice.

Rodier, sur la seconde question, qu'il traite à la suite de l'art. 1er, titre 27 de l'ordonnance, applique à l'évacuation d'une maison les délais donnés par cet article pour le délaissement d'un fonds; il s'exprime ainsi : « S'il s'agit d'une « maison que le condamné habitât, il faut qu'il ait quelques jours pour cher- « cher logement ailleurs, et pour faire transporter ses meubles, et l'on a fait « une règle générale du délai de quinzaine. »

Aujourd'hui que l'art. 2061 du Code civil veut, comme l'ordonnance, que la contrainte pour désemparer un fonds ne soit exercée par l'emprisonnement du condamné qu'en vertu d'un second jugement, et quinzaine après la signification de celui qui a prononcé la condamnation à désemparer, nous estimons qu'il en est de même à l'égard de la contrainte par éjection des meubles et expulsion de la personne.

Nous pensons en outre que la signification du second jugement doit être précédée d'un commandement de délaisser la possession, et, comme l'a décidé la Cour de Colmar par l'arrêt précité, que l'huissier doit laisser au moins vingt-quatre heures d'intervalle entre ce commandement et l'exécution.

Il est entendu que cette exécution doit nécessairement être constatée par un procès-verbal; mais, suivant le même arrêt, il n'est pas nécessaire qu'il contienne la désignation des meubles et l'élection de domicile exigée pour la saisie-exécution par les art. 584 et 588.

Enfin, nous appliquons ces règles à l'exécution d'un acte notarié, qui tient

lieu d'un jugement portant condamnation à délaisser, puisque cet acte est exécutoire comme le serait un jugement passé en force de chose jugée.

[[Les développements dans lesquels entre M. Carré nous paraissent péremptoires. Nous ajouterons seulement qu'il ne s'agit pas ici d'une véritable contrainte par corps, ainsi que nous l'avons exprimé, t. 5, p. 621, *Quest.* 2397 *bis*, au titre de la Saisie immobilière.]]

[[**2802** bis. *Quelle est, d'après les principes de la loi du* 25 *mai* 1838, *la compétence du juge de paix, en matière de saisie-gagerie?*

Nous avons rapporté, *suprà*, p. 329, le texte de deux articles de cette loi, d'après lesquels le juge de paix est compétent : 1° pour connaître sans appel jusqu'à la valeur de 100 fr.; à charge d'appel, à quelque valeur qu'elles puissent s'élever, des demandes en validité de saisie-gagerie, lorsque les locations verbales ou par écrit n'excèdent pas annuellement, à Paris, 400 fr., et 200 fr. partout ailleurs (art. 3); 2° pour accorder, s'il y a lieu, la permission de saisir-gager, toutes les fois que les causes de la saisie *rentrent dans sa compétence;* 3° enfin, pour statuer sur les oppositions formées par des tiers *pour des causes et des sommes qui, réunies, n'excèdent pas cette même compétence* (art 10).

Il résulte, des expressions assez équivoques de la loi, des difficultés que plusieurs ouvrages récents se sont efforcés d'aplanir. Nous ne les suivrons pas dans tous les détails auxquels ils se sont livrés à ce sujet, et qui se rattachent plus intimement à la compétence qu'à la procédure. Posons seulement ici quelques principes qui nous paraissent dériver plus encore de l'esprit que du texte de la loi :

1° La permission de saisir-gager, qui n'est que la conséquence du droit accordé au juge de paix, par l'art. 3, de connaître des demandes en validité de saisie-gagerie, suppose les mêmes règles et les mêmes limites de compétence : c'est-à-dire un bail dont la valeur n'excède pas 400 fr. pour Paris, 200 fr. pour les départements, à quelque taux que la demande puisse d'ailleurs s'élever.

2° Le pouvoir de statuer sur les oppositions formées par les tiers, embrasse également et les demandes en revendication formées par un prétendu propriétaire, qui tendent en elles-mêmes à empêcher la vente, et les oppositions formées par des créanciers, dans le but de conserver les droits de ceux-ci sur le prix que la vente produira. Les expressions de M. le garde des sceaux et des divers rapports faits aux deux Chambres prouvent, de la manière la plus évidente, que telle a été l'intention du législateur.

3° La compétence du juge de paix en ce dernier cas est, non pas la compétence extraordinaire que la loi lui attribue en matière de saisie-gagerie, mais sa compétence ordinaire, telle qu'elle est tracée par l'art. 1er de la loi, puisqu'il ne s'agit plus ici d'action en paiement de loyers ou fermages, ni en validité d'une saisie-gagerie, etc., mais d'une question de propriété, de privilége ou de validité de créance, qui s'agite uniquement entre le saisissant et l'opposant. Cette opinion, contraire à celle que soutient M. Benech, *Traité des justices de paix*, p. 141, est enseignée par MM. Curasson, *Traité de la compétence des juges de paix*, t. 1er, p. 322, n° 78, et Carou, *De la juridiction civile des juges de paix*, t. 1er, p. 315.

4° Il importe peu, dès lors, que le débat s'agite à Paris ou dans les départements; dans tous les cas, c'est le taux de 200 fr. qui limite la compétence des juges de paix.

5° Enfin, toutes les fois que la demande sera d'une valeur indéterminée, comme le sont, en général, les demandes en revendication, suivant la juste observation de M. Benech, *loc. cit.*, le juge de paix sera, par cela même, incompétent pour en connaître.]]

ART. 820. Peuvent les effets des sous-fermiers et sous-locataires, garnissant les lieux par eux occupés, et les fruits des terres qu'ils sous-louent, être saisis-gagés pour les loyers et fermages dus par le locataire ou fermier de qui ils tiennent; mais ils obtiendront main-levée, en justifiant qu'ils ont payé sans fraude, et sans qu'ils puissent opposer des paiements faits par anticipation.

Coutume de Paris, art. 162. — Cod. civ., art. 1753, 2102, n° 1. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Saisie-gagerie,* n° 10. — Arm. Dalloz, *cod. verb.*, n°s 14 et 15. — Locré, t. 23, p. 25 et p. 122, n° 9.
QUESTIONS TRAITÉES : En quel cas les paiements peuvent-ils être réputés faits *par anticipation*? *Q.* 2803. — Pourrait-on saisir-gager les meubles d'un sous-locataire ou sous-fermier qui n'aurait pas un bail authentique ou dont la date ne serait pas certaine? *Q.* 2804.]

2803. *En quel cas les paiements peuvent-ils être réputés faits* PAR ANTICIPATION?

Les paiements sont réputés faits par anticipation toutes les fois qu'ils ont été effectués contre les clauses du bail ou contre l'usage des lieux; chaque fois, en un mot, disent les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 76, qu'ils paraissent avoir été faits à dessein d'enlever au propriétaire le gage et la sûreté que la loi lui confère. (Argum. de l'art. 1753 du Code civil.)

Ici, au reste, comme dans tous les cas de cette nature, c'est à la sagacité des juges à pénétrer dans la conscience des sous-locataires ou fermiers, et à apprécier leurs titres, pour savoir s'il y a véritablement fraude de leur part, et dans le doute, il faut présumer que le paiement est sincère, suivant l'axiôme *fraus non præsumitur.*

[[Cette opinion est incontestable.]]

2804. *Pourrait-on saisir-gager les meubles d'un sous-locataire ou sous-fermier qui n'aurait pas un bail authentique, ou dont la date ne serait pas certaine?*

Il suffit, pour que le propriétaire puisse saisir-gager les effets d'un sous-locataire ou sous-fermier, que la location de celui-ci soit justifiée par le fait : d'où il suit qu'il n'est pas nécessaire qu'il soit nanti d'un bail authentique ou ayant date certaine.

Ainsi, dans ce cas, l'on se trouve sous l'application de la disposition des art. 1753, Cod. civ., et 820, Cod. proc. civ., et, pour que la saisie soit valable, il ne faut autre chose, si ce n'est que le saisissant prouve que les paiements ont été faits par anticipation. (Cassat., section des requêtes, 2 avril; DENEVERS, 1806, p. 247; *J. Av.*, t. 19, p. 501).

[[Ou par fraude.

MM. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 490, et FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 43, se prononcent dans le même sens.]]

ART. 821. La saisie-gagerie sera faite en la même forme que la saisie-exécution : le saisi pourra être constitué gardien; et s'il y a des fruits, elle sera faite dans la forme établie par le titre IX du livre précédent.

[Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 303, n°s 5 à 8, et p. 304, n°s 10 à 12.] — Cod. proc. civ., art. 584, 586, 598, 626. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Saisie-gagerie,* n°s 19, 20 et 28 à 32. — De-

villeneuve, *cod. verb.*, nos 3 et 4. — Arm. Dalloz, *cod. verb.*, nos 27 à 31 et 34 à 39. — Locré, t. 23, p. 25, et p. 123, no 10.

QUESTIONS TRAITÉES : Un procès-verbal de saisie-gagerie doit-il indiquer le jour de la vente? *Q.* 2804 *bis*. — Quand le saisi peut-il être constitué gardien, non seulement dans une saisie-gagerie d'effets, mais encore dans une saisie de fruits? *Q.* 2805. — Peut-on, sans le consentement du saisissant et du saisi, charger ce dernier de la garde d'une saisie-gagerie d'effets? *Q.* 2806. — Que doit faire l'huissier si le saisi refuse d'être gardien? *Q.* 2807. — La nature du bail influe-t-elle sur les formes à suivre en matière de saisie-gagerie? *Q.* 2807 *bis* (1).]

[[**2804** bis. *Un procès-verbal de saisie-gagerie doit-il indiquer le jour de la vente?*

Non; car l'art. 595 du Code de procédure civile, qui recommande cette indication, ne s'applique pas aux saisies-gageries, mais aux saisies-exécutions, et peut d'autant moins leur être applicable que l'art. 824 dispose qu'il ne pourra être procédé à la vente sur saisies-gageries qu'après qu'elles auront été déclarées valables; d'où il faut conclure que le jour de la vente ne peut pas être indiqué, quand il est incertain si elle sera ou non autorisée.

Deux arrêts des Cours de Rennes, 23 février 1819 (*J. P.*, 3e édit., t. 15, p. 113), et de Bordeaux, 3 avril 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 188), confirment cette opinion.

La première de ces Cours a également décidé, le 22 juin 1836 (*J. Av.*, t. 53, p. 676), que le procès-verbal de saisie-gagerie est valable quoique la signature de l'huissier et des témoins, au lieu de se trouver immédiatement après le procès-verbal, ne se trouve qu'à la suite de l'assignation en validité placée à la fin et sur la même feuille.

Quant aux formalités essentielles que doit contenir le procès-verbal de saisie-gagerie, *voy.* la note *Jurisprudence*, nos 1 et 2.]]

2805. *Quand le saisi peut-il être constitué gardien, non-seulement dans une saisie-gagerie d'effets, mais encore dans une saisie-gagerie de fruits?*

Le saisi *peut* être constitué gardien, c'est-à-dire que l'huissier peut lui conférer cette garde sans y être obligé. Mais, suivant M. DEMIAU-CROUZILHAC, t. 2, p. 499, cette faculté ne se rapporte qu'à la saisie des effets mobiliers et non à celle des fruits, attendu que la disposition par laquelle l'art. 821 l'accorde, se trouve immédiatement après celle qui ordonne de suivre les formalités des saisies-exécutions, tandis que le renvoi aux formalités de la saisie-brandon vient ensuite et termine l'article.

Ainsi, lorsqu'il y a des fruits, on ne pourrait confier la garde au saisi; il faudrait en charger le garde champêtre, conformément à l'art. 698. Il est très possible que cette distinction ne soit pas entrée dans la pensée du législateur;

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Le procès-verbal de saisie-gagerie doit, à peine de nullité, contenir élection de domicile dans la commune où se fait l'exécution; la copie du procès-verbal de saisie-gagerie doit être remise sur le champ au saisi: Rennes, 22 sept. 1810 (*J. Av.*, t. 15, p. 350);

2° Une saisie-gagerie n'est pas nulle pour n'avoir pas été faite dans les six semaines de la maturité des fruits: Bordeaux, 3 avril 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 188);

3° L'huissier qui procède à une saisie-gagerie, peut prendre pour témoin le garde champêtre, et le constituer ensuite gardien de la saisie: Bordeaux, 3 avril 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 188);

4° Aucun texte de loi n'empêche de prendre pour témoins d'une saisie gagerie des huissiers, pourvu qu'ils ne soient ni parents, ni alliés de l'huissier instrumentaire au degré prohibé: Rennes, 26 fév. 1818 (*J. Av.*, t. 21, p. 464).]

mais il suffit qu'elle puisse être autorisée par la contexture de l'art. 821, pour qu'il soit prudent de s'y conformer.

[[Nous adoptons l'avis de M. Carré.]]

2806. *Peut-on, sans le consentement du saisissant et du saisi, charger ce dernier de la garde d'une saisie-gagerie d'effets?*

L'art. 598 porte que le débiteur ne peut être établi gardien, lors de la saisie-exécution de ses meubles, que de son consentement et de celui du saisissant; et l'art. 821 veut que la saisie-gagerie d'effets mobiliers autres que les fruits, soit faite en la même forme que la saisie-exécution.

On serait porté à conclure de là qu'il faut se conformer à l'art. 598; mais si l'on fait attention qu'il eût été inutile, cet article portant une disposition relative au gardien, d'en parler derechef dans l'art. 821, on reconnaîtra sans doute que ce dernier doit être appliqué selon ses termes, et que, n'ayant point parlé du consentement du saisissant et du saisi, il a dérogé en ce point au premier.

Telle est notre opinion, qui paraît aussi être celle de M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 618, not. 6; mais, comme lui, nous bornons la dérogation apportée à l'article 598 par l'art. 821, au consentement du saisissant, que nous ne croyons pas nécessaire lors d'une saisie-gagerie, et nous pensons qu'il faut du moins avoir celui du saisi, suivant la maxime *nemo invitus cogitur ad factum*, parce que la loi ne prononce pas en termes absolus qu'il sera constitué gardien. (*Voy.* d'ailleurs notre *Quest.* 2052.)

Mais de ce que nous venons de dire que le consentement du saisissant n'est pas *nécessaire* pour que le saisi soit constitué gardien, nous ne voudrions pas conclure que le premier ne pût s'opposer à ce que cette garde fût confiée à celui-ci, s'il avait de justes motifs de le soupçonner d'infidélité : ce serait alors le cas d'un référé vers le président, qui statuerait sur cette opposition. (*Voy.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 499, et *Questions de* LEPAGE, p. 349.)

[[Cette restriction, qu'est obligé de faire M. Carré, nous paraît démontrer le peu de solidité des motifs sur lesquels il se fonde. N'est-il pas plus simple, en effet, d'admettre une répétition dans la loi, que de supposer une abrogation que rien n'autorise? Ne pourrait-on pas dire que l'huissier, qui n'est que le mandataire du saisissant, ne peut pas constituer le saisi gardien contre le gré du créancier, puisque ce défaut de consentement serait une restriction au mandat de l'huissier, qui pourrait être considéré, en cela, comme étant sans pouvoir suffisant?

Mais en ce qui concerne le consentement du saisi, nous croyons, avec M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 511, qu'il pourrait le refuser, en consentant toutefois à ce que les objets saisis fussent enlevés et remis à un gardien ou à ce qu'un gardien fût établi chez lui.

Voy. néanmoins M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 418, qui se prononce en faveur de l'opinion contraire.]]

2807. *Que doit faire l'huissier si le saisi refuse d'être gardien?*

L'huissier peut nommer celui que le saisi lui désigne, ou choisir telle autre personne à laquelle il confie les effets, même en les déplaçant s'il est nécessaire, ainsi que le dit LANGE, liv. 4, chap. 38. (*Voy.* notre *Quest.* 2055.)

[[Cette solution est la conséquence nécessaire des principes que nous avons admis sous la question précédente.]]

[[**2807** bis. *La nature du bail influe-t-elle sur les formes à suivre en matière de saisie-gagerie?*

Sans aucun doute, ainsi que le fait observer M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 511. Si le bail est exécutoire, on procède à une saisie-brandon; dans le cas contraire, c'est une saisie-gagerie qu'il faut faire, en suivant les formes des art. 626, 628; alors il faut assigner en validité, conformément à l'art. 824. Mais ce qui concerne la vente, au titre de la Saisie-brandon, n'est point applicable à la vente sur saisie-gagerie, laquelle ne peut avoir lieu qu'après avoir été ordonnée. (V. *infrà*, la *Quest.* 2812.)]]

ART. 822. Tout créancier, même sans titre, peut, sans commandement préalable, mais avec permission du président du tribunal de première instance et même du juge de paix, faire saisir les effets trouvés en la commune qu'il habite, appartenant à son débiteur (1) *forain*.

Tarif, 61, 63 et 76. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 304 et 305, nos 13 à 17.] — Coutume de Paris, art. 173. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Saisie-gagerie*, nos 17, 18 et 24. — Locré, t. 23, p. 26, p. 123, no 11, et p. 145, n° 5.

QUESTIONS TRAITÉES : Qu'entend la loi par débiteur forain? *Q.* 2807 *ter*. — Quel est le juge compétent pour permettre la saisie foraine? *Q.* 2808.]

[[**2807** ter. *Qu'entend la loi par débiteur forain?*

Pour répondre à cette question, nous croyons ne pouvoir mieux faire que de transcrire un article qui a été inséré dans le *Journal des avoués*, t. 58, p. 321, et dont nous partageons entièrement les principes; nous ajouterons seulement la citation d'un arrêt confirmatif de notre opinion, rendu le 7 juill. 1819, par la Cour de Bruxelles (*J. P.*, 3e éd., t. 15, p. 382).

« Cette question, sur laquelle la jurisprudence est muette, et qui n'a pas suffisamment fixé l'attention des auteurs, mérite un examen spécial.

« M. DALLOZ, dans sa *Jurisp. générale du royaume*, t. 11, p. 613, v° *Saisie-arrêt sur débiteur forain*, n° 2, s'exprime ainsi : « A quelle classe de débiteur s'applique la qualité de débiteur forain? CARRÉ dit (t. 3, p. 156, à la note), « qu'on entend par débiteur forain celui qui n'a ni domicile, ni habitation dans la commune du créancier, où il ne s'est trouvé qu'accidentellement. » Cette définition, poursuit M. Dalloz, nous semble bien générale. Ainsi, tous les jours, les négociants les plus recommandables, et en même temps toutes autres personnes. (Car la loi ne distingue pas), peuvent se trouver éloignés de leur domicile, et accidentellement dans le lieu où habite quelqu'un, qui prétend avoir des réclamations à exercer contre eux : devrait-on les considérer comme des débiteurs forains? Il faudrait répondre affirmativement d'après la définition de Carré, puisqu'ils n'ont point de domicile ni d'habitation dans la commune du prétendu créancier, et qu'ils ne s'y trouvent qu'accidentellement. Cependant nous pensons que le législateur n'a pas voulu donner au mot *débiteur forain* une acception aussi large. La saisie autorisée par l'art. 822, Cod. proc. civ., nous semble avoir eu pour but d'atteindre ces individus, dont la vie ambulante laisse de l'incertitude sur le lieu de leur domicile presque toujours inconnu,

(1) Nous rappelons qu'on entend par débiteur forain celui qui n'a ni domicile ni habitation dans la commune du créancier, où il ne s'est trouvé qu'accidentellement.

tels que colporteurs, marchands forains, voituriers, etc. Enfin tous ceux qui, *par état* ou *sans état*, n'ont point de domicile fixe dans le royaume.

« L'opinion de M. Dalloz est erronée. En effet, le mot *forain* a deux sens, suivant les mots auxquels il s'allie; il ne faut pas confondre, comme paraît le faire en résultat M. Dalloz, le marchand forain et le débiteur forain. Le marchand forain est celui qui colporte de marché en marché, de foire en foire, *de foro in forum*. Le débiteur *forain* est celui qui n'est pas domicilié dans la commune où réside son créancier, c'est celui qui habite *foràs*. La justesse de cette distinction est clairement démontrée, si l'on remonte à l'origine historique de la saisie foraine.

« En effet, l'art. 173, cout. de Paris, est ainsi conçu : « par privilége usité, « quiconque est Bourgeois, demeurant et habitant à Paris, et par an et par jour « y a demeuré, il peut procéder par voie d'arrêt, sur les biens de ses débiteurs « forains, trouvez en icelle ville, posé qu'il n'y ait obligation ni cédule, et non « sur autres débiteurs que forains. »

« La coutume de Bruxelles, art. 70, contient une disposition analogue, et, dans le Brabant, plusieurs villes étaient, à raison du même privilége, appelées *villes d'arrest*. Ce privilége, dit FERRIÈRES (*Comm.* sur la cout. de Paris), a été donné à quelques villes qui s'appellent *villes d'arrest*, pour ce qu'il est permis d'arrester les meubles des débiteurs *forains* qui *demeuraient hors desdites villes*. « Cette définition, que Ferrières répète dans son *Dictionnaire*, v° *Forain*, est aussi adoptée par Dénisart (*Collect. de Jurisprudence*, v° *Villes d'arrest*).

« Les rédacteurs du Code de procédure, par les art. 822 et suiv., ont généralisé ce privilége, et l'ont étendu à toute la France. C'est le seul changement qu'ils aient fait subir à cette partie de l'ancienne législation, car ils en ont même conservé les formes.

« Le fondement de notre opinion nous paraît démontré jusqu'à l'évidence par l'observation suivante, faite sur l'art. 838, projet de Cod. proc. civ. (aujourd'hui le 822e), par la Cour d'appel de Douai, qui connaissait bien la nature des saisies foraines, puisque son ressort embrassait des cités autrefois *villes d'arrest* : « par cet art. 838, un créancier sans titre peut, avec la permission du juge, « sans commandement préalable, faire saisir les effets trouvés en la commune « qu'il habite, appartenant à son débiteur forain; il semble qu'il faudrait étendre « cet article aux effets trouvés partout, lorsqu'ils appartiennent à des marchands « forains (*V.* observ., Douai, p. 15). » Le mot *débiteurs forains* ne comprenait donc pas les marchands forains, et cette distinction faite par la Cour d'appel de Douai était la condamnation anticipée de la confusion d'acception introduite par M. Dalloz.

« Nous pouvons citer encore les observations de la Cour d'appel de Bourges (p. 34), qui demandait que la loi étendît à tous les créanciers le *privilége*, et on ne méconnaîtra pas que cette expression rappelât l'ancienne institution coutumière de la saisie foraine. Le mot *débiteur forain* n'a donc pas une acception autre que celle qui lui était donnée par l'art. 173, cout. de Paris (*Voy.* conf. BERRIAT, p. 648 et 649, not. 8, n° 3; THOMINE DESMAZURES, t. 2, n° 959; PIGEAU, t. 2, p. 512; DEMIAU, p. 500; et MERLIN, *Répert.*, v° *Saisie-arrêt de meubles*, § 7. *Junge*, DEVILL., dans sa *Collect. nouv.*, note sur un arrêt de Bruxelles du 14 janv. 1822 (Vol. 7.2.5).

Si l'on insiste sur les inconvénients résultant de cette saisie, nous disons qu'on les exagère; nous répéterons, avec M. Thomine Desmazures, que la loi, rigoureuse en apparence, n'est que favorable à ceux qui sont de bonne foi, et nous ferons remarquer, d'ailleurs, que la facilité donnée au créancier d'arrêter les meubles de son débiteur forain, trouvés en la commune qu'il habite, est tempérée par la précaution prise par la loi, d'exiger dans tous les cas la permission

du magistrat, dont la sagesse interdira la saisie foraine, qui ne constituerait qu'une vexation, et autorisera celle qui sera l'exercice d'une juste et légitime réclamation. (*V.* observ. de la Cour d'appel de Bourges, sur le projet de Code de procéd. civ., p. 34.) Qu'importe, dans cette dernière hypothèse, que le débiteur forain soit un négociant ou un propriétaire, jouissant au lieu de son domicile d'une grande aisance, ou d'un crédit étendu? Quelle que soit la position du débiteur, si la dette est sincère et prouvée, il faut qu'il la paie; s'il n'y a pas de dette réelle, il en administrera la preuve devant la justice, et au moyen d'une demande reconventionnelle, formée sur la demande en validité de la saisie foraine, il obtiendra facilement des tribunaux un ample dédommagement de poursuites mal fondées et vexatoires. »]]

2808. *Quel est le juge compétent pour permettre la saisie foraine?*

C'est évidemment le président du tribunal de première instance ou le juge de paix du lieu où se trouvent les objets qu'on entend saisir.

[[La différence qui existe entre ce cas et celui de saisie-gagerie (V. *suprà*, *Quest.* 2802), se puise dans la nature même des choses; le moindre retard pouvant rendre impraticable la mainmise du créancier saisissant sur les effets de son débiteur forain.

Tel est l'avis de M. SUDRAUD-DESISLES, p. 284, n° 962.]]

ART. 823. Le saisissant sera gardien des effets, s'ils sont en ses mains; sinon il sera établi un gardien.

Tarif, 61, 63 et 76. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 305, n°s 18 et 19.] — Cod. proc. civ., art 598, 824. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Saisie-gagerie*, n°s 21 à 23. — Devilleneuve, *eod. verb.*, n° 2. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n°s 38 et 39. — Locré, t. 23, p. 26, et p. 74, n° 4.

QUESTIONS TRAITÉES : Le saisissant peut-il être constitué gardien malgré lui? *Q.* 2809. — L'huissier, lorsque le saisissant n'a pas les effets en ses mains, peut-il lui en confier la garde? Pourrait-il la confier au saisi? *Q.* 2810. — Le créancier qui, pour sûreté de sa créance, fait saisir-arrêter dans ses mains un meuble de son débiteur, dont il était détenteur accidentellement, peut-il répéter des frais de garde? *Q.* 2810 *bis.*]

2809. *Le saisissant peut-il être constitué gardien malgré lui?*

L'art. 823 étant conçu en termes absolus, il nous semble, comme à M. DELAPORTE, t. 2, p. 823, que le saisissant est de droit constitué gardien. Et, en effet, il ne pourrait avoir aucun prétexte pour s'excuser de conserver la garde des effets qu'il détient déjà.

[[Cela nous paraît hors de doute; mais il est à remarquer que cette obligation de droit imposée au créancier saisissant est uniquement restreinte au cas spécial que prévoit la première partie de l'article, ainsi que M. Carré l'enseigne sous la question suivante.]]

2810. *L'huissier, lorsque le saisissant n'a pas les effets en ses mains, peut-il lui en confier la garde? Pourrait-il la confier au saisi?*

On dirait vainement que l'art. 823, en disposant que le saisissant *sera gardien des effets, s'ils sont en ses mains, sinon qu'il sera établi un gardien*, n'exprime autre chose si ce n'est que, dans ce dernier cas, le saisissant ne sera pas gardien *de droit* (*Voy.* la précédente question), et qu'en conséquence, rien n'empêche l'huissier de lui confier la garde. On répondrait avec raison que l'art. 823 contient une exception à la disposition de l'art. 598, qui défend de donner cette commission au créancier à la requête duquel se fait une saisie-exécution, et que cette exception doit être renfermée dans ses limites.

Quant au saisi, nous ne pensons pas qu'on puisse lui confier la garde, puisque l'art. 823 ne répète point la disposition de l'art. 821.

A la vérité, l'art. 825 portant que les règles prescrites pour la saisie-exécution seront observées, on pourrait objecter que l'art. 598 permet de confier la garde au saisi; mais, outre le préjugé qui naît de l'art. 821 contre cet argument, une forte raison s'oppose à ce qu'on l'admette; c'est que le législateur a autorisé à désigner le saisi pour gardien d'une saisie-exécution, soit afin de ne pas le priver, durant la poursuite, de l'usage d'effets mobiliers qui peuvent être nécessaires à l'exercice de sa profession, soit parce que la présence du gardien dans sa demeure pourrait entraîner des inconvénients. Domicilié dans le lieu où sont ces effets, il fournit, d'ailleurs, une garantie de leur représentation; or, on sent que tous ces motifs ne militent point en faveur d'un débiteur forain. (*Voy.* DELAPORTE, t. 2, p. 386.)

[[Nous croyons également que l'art. 823 renferme dans sa première partie une exception dont il faut se garder de franchir les limites, en ce qui touche le saisissant (cela s'induit, au reste, de la manière la plus formelle d'un arrêt de la Cour de Paris, du 19 mars 1825 *J. Av.*, t. 30, p. 261, et *J. P.*, 3e édit., t. 19, p. 321); à l'égard du saisi, ce serait aller précisément contre le but de la saisie foraine, que de le constituer gardien d'effets qu'on le mettrait à même de faire disparaître avec lui. D'ailleurs l'art. 824, en spécifiant les cas où la contrainte par corps peut être prononcée contre le gardien, fait assez voir par sa contexture que le saisi ne peut être chargé d'un pareil mandat.

Ce sont aussi les motifs sur lesquels se fonde M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 512, pour adopter cette opinion.]]

[[**2810** bis. *Le créancier qui, pour sûreté de sa créance, fait saisir-arrêter dans ses mains un meuble de son débiteur dont il était détenteur accidentellement, peut-il répéter des frais de garde?*

L'affirmative nous paraît certaine, malgré une décision contraire de la Cour de Bordeaux du 31 janv. 1827 (*J. Av.*, t. 32, p. 281).

Dans l'espèce, il s'agissait d'une calèche saisie par un carrossier. Il avait demandé cinq francs par jour pour droit de garde et de remisage; le tribunal avait accueilli ses conclusions, mais la Cour royale infirma ce jugement sur les motifs que *ces frais de garde seraient pour le saisissant un vrai bénéfice, et qu'un créancier ne peut en obtenir pour la détention du gage qu'il retient pour la sûreté de sa créance* (*J. Av.*, t. 32, p. 281).

Cet arrêt nous paraît s'écarter entièrement du texte et de l'esprit de la loi, dans son dispositif et dans ses motifs.

En règle générale, il est dû des frais de garde à un gardien. Le gardien est responsable des objets qui lui sont confiés; il doit veiller à leur conservation, il est forcé d'employer un temps quelconque à cette surveillance; la loi a fixé un salaire, et n'a pas distingué : que ce soit le saisissant ou telle autre personne étrangère au créancier et au débiteur, leurs obligations sont les mêmes; il en résulte que les mêmes avantages doivent également leur être accordés. Il y a une raison de plus en faveur du créancier, qui est obligé de conserver chez lui les objets saisis, à moins qu'il n'obtienne la permission de les changer de place, et de faire payer le loyer d'un local séparé par le débiteur. Dans l'espèce, le carrossier avait conservé la calèche dans ses remises, il était gardien, il avait droit au salaire demandé. Le système contraire nous paraît injuste.

Mais doit-il être accueilli par le motif qu'a donné la Cour?

Non, sans doute, et il y a confusion, dans l'arrêt, de positions bien différentes.

Le créancier gagiste a un privilége sur le gage; il a consenti, par l'acte d'en

gagement, à se charger des meubles de son débiteur; il a pu être fait des conventions desquelles résultât l'obligation, pour le débiteur, de payer des frais de garde; et d'ailleurs, l'art. 2080, dont n'a pas parlé la Cour de Bordeaux, prescrit au débiteur de *tenir compte au créancier des dépenses utiles et nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation du gage.*

Mais le créancier qui saisit un meuble de son débiteur en ses propres mains n'acquiert pas un gage, un privilége sur ce meuble; il est comme tous les créanciers, il viendra au marc le franc, et sa position ne peut nullement être assimilée à celle du créancier gagiste.

Nous pensons donc que des frais de garde doivent toujours être payés par le débiteur, quelle que soit la personne constituée gardienne des objets saisis.]]

ART. 824. Il ne pourra être procédé à la vente, sur les saisies énoncées au présent titre, qu'après qu'elles auront été déclarées valables : le saisi, dans le cas de l'art. 821, le saisissant, dans le cas de l'art. 823, ou le gardien, s'il en a été établi, seront condamnés par corps à la représentation des effets.

[Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 303, n° 8, et p. 306, nos 20 et 21.] — Cod. civ., art. 2059, 2060, n° 4. — Cod. proc. civ., art. 126, 613, 617, 780. — [Notre Dict. de proc., gén. vis *Contrainte par corps*, n° 4; *Ressort*, n° 409, et *Saisie-gagerie*, nos 33, 34 et 36. — Devilleneuve, v° *Saisie-gagerie*, nos 8 à 10.—Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 41 et 42. — Locré, t. 23, p. 26; p. 123, n° 12, et p. 145, n° 6.

QUESTIONS TRAITÉES : Quel est le tribunal compétent pour connaître de la validité de la saisie-gagerie ou de la saisie foraine? *Q.* 2811.—Doit-on faire déclarer la saisie gagerie valable, si elle est faite en vertu d'un titre exécutoire? *Q.* 2812.— L'appel d'un jugement rendu sur la validité d'une saisie-gagerie est-il valablement notifié au domicile élu conformément à l'art. 584, Cod. proc. civ.? *Q.* 2812 *bis* (1).]

2811. *Quel est le tribunal compétent pour connaître de la validité de la saisie-gagerie ou de la saisie foraine?*

C'est, selon M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 499, le tribunal du domicile du saisi, parce qu'il s'agit, dit-il, d'une action purement personnelle et mobilière.

Sans doute, lorsqu'il s'agira d'une saisie-gagerie, la demande sera, *par le fait*, presque toujours portée devant le juge du domicile du saisi; car il n'est guère possible de présumer qu'une telle saisie soit faite ailleurs qu'au domicile du débiteur.

Ce serait le contraire pour la saisie foraine, puisque l'art. 822 suppose nécessairement que la saisie est faite hors du lieu dans lequel le débiteur a son domicile. Mais cette différence ne nous paraît entraîner aucune difficulté relativement à la compétence du tribunal qui doit connaître de la demande en validité de l'une ou l'autre de ces deux saisies.

En effet, si l'on considère (Voy. *Questions* de LEPAGE, p. 550), le but de la saisie-gagerie et son objet, on voit qu'elle est de même nature que la saisie-exécution; car elle met sous la main de la justice des effets trouvés dans la possession du débiteur, c'est-à-dire dans les lieux qui lui ont été loués ou affermés.

Elle commence, il est vrai, par n'être qu'une mesure simplement conserva-

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

Le locataire peut être condamné par corps à représenter ses propres meubles dont il s'est constitué gardien, par suite de contestations élevées entre lui et son propriétaire. Cassat., 23 brum. an X (*J. Av.*, t. 8, p. 454; DEVILL., *Collect. nouv.*, 1.1.553).]

toire; mais, par le jugement qui la déclare valable, elle finit par obtenir tous les effets d'une saisie-exécution. Il est donc évident, par cette analogie, qu'elle est soumise aux mêmes règles de compétence que cette saisie, et conséquemment que la demande en validité doit être portée devant le tribunal du lieu où la saisie a été faite, encore bien que le saisi n'y eût pas son domicile; ce qui est difficile à supposer, ainsi que nous l'avons dit en commençant. (Argument de l'art. 608.)

Quant à la saisie foraine, nous appliquerons, *à plus forte raison*, les mêmes règles; car elle est, *dès son principe*, une véritable saisie-exécution; et l'on sent d'ailleurs que ce serait paralyser cette saisie et en rendre les effets moins efficaces, que ce serait agir *contrairement* à sa nature, que d'exiger que la demande en validité fût portée devant le tribunal d'un débiteur forain, qui souvent serait très éloigné du lieu où se trouveraient les effets saisis.

Au surplus, l'art. 825 nous paraît confirmer entièrement cette solution, en ordonnant qu'en matière de saisie-gagerie ou de saisie foraine, on suppléera aux dispositions du titre qui concerne spécialement ces deux espèces de saisies, en observant les formalités prescrites pour la saisie-exécution.

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 420, reproduit les arguments de M. Carré, et nous estimons avec cet auteur que la nature même des saisies gagerie et foraine répugne invinciblement à ce que la validité doive en être appréciée par le tribunal du domicile du saisi, comme le voudrait M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 513.

Serait-il raisonnable, en effet, d'obliger l'aubergiste ou le fournisseur d'aller plaider au loin contre le débiteur forain, pour se faire autoriser à vendre les effets qu'ils auraient saisis dans le lieu où les fournitures auraient été faites? Ce serait annihiler en quelque sorte le privilége que la loi leur accorde.

Il est un seul cas, néanmoins, où cette compétence du tribunal du lieu de l'exécution devrait nécessairement être déclinée quant au fond : c'est celui où un créancier étranger aurait saisi les effets de son débiteur étranger lui-même; et même dans cette hypothèse, qui s'est présentée devant la Cour de Rennes, le 28 déc. 1820 (*J. P.*, 3e éd., t. 16, p. 275), a-t-il été décidé, non point que le tribunal était incompétent d'une manière absolue, mais seulement qu'il devait juger provisoirement la saisie à tenir, sauf à renvoyer les parties, si elles le requièrent, devant la juridiction compétente pour faire statuer sur le mérite de l'obligation servant de base à la saisie et pour être définitivement fait droit sur la validité du fond de cette saisie.

Les motifs de cet arrêt nous semblent concluants en faveur de notre opinion, bien qu'ils dérogent, sous un certain rapport, au principe qui lui sert de base.]]

2812. *Doit-on faire déclarer la saisie-gagerie valable, si elle est faite en vertu d'un titre exécutoire?*

Lorsqu'un propriétaire exécute son fermier, en vertu d'ordonnance du président du tribunal, on ne fait pas de doute que la saisie doit être déclarée valable; mais si on le fait en vertu d'un titre authentique, doit-on également faire déclarer la saisie valable? Après avoir dit, dans l'art. 819, Cod. judic., que les propriétaires et principaux locataires peuvent, soit qu'il y ait bail, etc., faire saisir-gager (et il faut noter que le mot *bail* s'entend d'un bail notarié comme d'un bail verbal), le législateur a voulu, art. 824, qu'on ne pût passer outre à la vente, sans qu'au préalable *les saisies énoncées* dans le titre fussent déclarées valables.

Il résulte de là que toutes les saisies-gageries, soit qu'elles soient faites en vertu de baux notariés, soit qu'elles soient faites en vertu d'ordonnance sur requête, doivent être déclarées valables.

C'est ce qu'enseigne Pothier, dans son Traité sur la procédure civile, parce que, dit cet auteur, les saisies tiennent plutôt de l'arrêt que de l'exécution; et il faut remarquer que la coutume de Paris, dont il tirait ce principe, a été ici presque transcrite par les rédacteurs du Code.

Nous croyons aussi que, dans le cas proposé, la saisie-gagerie doit être déclarée valable, attendu que l'art. 804 ne fait aucune distinction relativement au cas où elle a été faite en vertu d'un titre exécutoire, et que ce n'est qu'au moyen de cette déclaration de validité qu'elle est convertie en saisie-exécution, ainsi que nous l'avons dit sur la question précédente. Au surplus, le créancier porteur d'un titre exécutoire peut éviter ces lenteurs, en faisant cette dernière saisie au lieu d'une saisie-gagerie, ainsi que M. Pigeau le conseille, t. 2, p. 483 (1).

[[Nous sommes également d'avis, et par les motifs qu'énonce M. Carré, qu'il faut dans tous les cas faire prononcer la validité d'une saisie-gagerie, c'est-à-dire que le saisissant assigne le débiteur en validité, comme pour une saisie-arrêt. C'est aussi ce qu'enseigne M. SUDRAUD-DESISLES, p. 285, n° 966.

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 513, admet néanmoins la nécessité d'une distinction, sans développer les raisons particulières qui motivent son opinion.]]

[[**2812** bis. *L'appel d'un jugement rendu sur la validité d'une saisie-gagerie est-il valablement notifié au domicile élu, conformément à l'art.* 584, *Cod. proc. civ.?*

En rapprochant l'art. 821 de l'art. 584, nous sommes porté à décider l'affirmative. On peut aussi consulter la fin de notre *Quest.* 2425 *bis.*]]

ART. 825. Seront, au surplus, observées les règles ci-devant prescrites pour la saisie-exécution, la vente, et la distribution des deniers.

Tarif, 61. — Cod. proc. civ., art. 586, 617, 656.

TITRE III.

De la Saisie-revendication.

Il suffit de posséder des meubles pour en être propriétaire. En fait de meubles, porte l'art. 2279, *la possession vaut titre*; mais, dit M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 650, comme il est très possible que le véritable propriétaire n'en soit pas le possesseur, il est juste qu'il puisse les revendiquer contre le débiteur.

Revendiquer, c'est demander judiciairement une chose sur laquelle nous avons un droit réel, et qui est détenue par un tiers.

Nous avons vu que la loi autorise le locateur à *revendiquer* les meubles qui garnissaient sa maison ou sa ferme, lorsqu'ils ont été déplacés sans son consentement. L'art. 2279 du Code civil donne aussi le même droit au propriétaire d'une chose volée, soustraite ou perdue (2), ou, suivant les expressions de

(1) La Cour de Rennes, par arrêt du 17 mars 1816, a décidé le contraire, sans autrement exprimer ses motifs. Cet arrêt déclare, au surplus, qu'en supposant qu'il y eût lieu à former la demande en validité, les débiteurs seuls auraient le droit de se plaindre de l'omission de cette formalité. Nous n'en persistons pas moins dans l'opinion ci-dessus.

(2) L'art. 1926 du Code civil autorise aussi la revendication, lorsqu'il s'agit du dépôt d'un objet mobilier fait par une personne

l'orateur du gouvernement, d'une chose non aliénée et détenue par un tiers. L'acte par lequel ce droit est exercé est la *saisie-revendication*, dont le titre que nous allons expliquer établit les règles (1).

[[2812 ter. *Quelles sont les personnes qui peuvent exercer la saisie-revendication?*

Toutes celles, dit M. Pigeau, *Comment.*, t. 2, p. 514, qui ont intérêt à la conservation de la chose peuvent saisir-revendiquer : ces personnes sont le propriétaire de la chose, le vendeur sans terme, le créancier du propriétaire, le créancier nanti, l'emprunteur, le dépositaire, le locataire, l'usufruitier. Ces deux derniers peuvent revendiquer la chose, quoiqu'ils n'en aient pas la propriété, si elle est volée ou détournée, parce que, en étant responsables envers le propriétaire, ils doivent avoir tous les moyens nécessaires pour se mettre en état de la rendre.

« Le propriétaire de meubles, qui les a loués, peut aussi les revendiquer, si le locataire les détourne ou en dispose, et si on les saisit sur le locataire pour les dettes de celui-ci, quand même ce serait pour loyers et fermages, pourvu cependant que le créancier de ces loyers ou fermages ait su que les objets n'appartenaient pas au locataire.» (Arg., art. 1813 et 2102, Code civil.)

En un mot, et d'une manière plus générale, on peut dire que l'action réelle qui constitue la revendication peut être exercée, soit par celui qui se dit propriétaire de la chose qu'il revendique, soit par celui qui prétend pouvoir exercer un privilége sur la valeur de ces meubles.

Nous attachons une très grande importance à cette procédure presque ignorée et fort peu usuelle ; elle répond victorieusement à l'argument tiré de la nécessité de la tierce opposition pour arrêter l'exécution d'un jugement qui ordonne la remise d'une chose au préjudice d'un tiers, comme nous l'avons dit t. 4, p. 265, *Quest.* 1709. Ce tiers trouve dans la saisie-revendication le moyen de faire juger que l'objet sur lequel a porté la contestation lui appartient, et cette procédure rapide est bien plus sûre que la tierce opposition pour empêcher une exécution qui pourrait être irréparable.

Dans son excellent *Traité de la Saisie-arrêt*, p. 20, n° 40, M. Roger reconnaît que le droit de revendication appartient au propriétaire qui n'a pas la possession de la chose ; mais il n'est pas, selon nous, assez explicite dans les exemples qu'il présente à l'appui de sa doctrine. (*Voy.* aussi notre *Quest.* 1928 *bis*, § 11, t. 4, p. 562).

Il a été jugé par la Cour de cassation, le 30 déc. 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 301; Devill., 1836.1.305), en vertu de la maxime, en matière d'indivision, *totum in toto et totum in quâlibet parte,* que le propriétaire de partie d'une chose mobilière susceptible de division peut saisir-revendiquer la chose tout entière.

Mais, en ce qui touche la mise en exercice, on ne peut s'écarter des formes prescrites par l'art. 831, qui indique celles de la saisie-exécution comme étant les seules à suivre.

Aussi la Cour de Poitiers a-t-elle décidé avec beaucoup de raison, le 21 août 1832 (*J. P.*, 3e éd., t. 24, p. 1424; Devill., 1832.2.444), qu'il ne suffit pas à celui qui se prétend propriétaire d'objets mobiliers saisis, d'intervenir dans l'instance en validité de saisie, pendante entre le créancier et son débiteur, et qu'il ne peut en exercer la revendication que dans la forme prescrite par l'article 608 du Code de procédure civile.]]

---

capable de contracter dans les mains d'une personne incapable.

(1) Cette saisie était appelée *entiercement* dans la coutume d'Orléans.

2813. *Les dispositions du Code de procédure, relatives à la revendication, sont-elles applicables, en matière de commerce, aux marchandises vendues et livrées à un failli?*

Non; l'on doit, en cette circonstance, se conformer aux dispositions du titre 3, liv. 3 du Code de commerce. (Voy. *l'Exposé des motifs du présent titre, par M. le conseiller d'Etat Berlier*, édit. de F. Didot, p. 279.)

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 422, enseigne également que c'est au président du tribunal de commerce qu'il faut présenter la requête en ce cas; il est évident, en effet, que c'est ce tribunal seul qui sera compétent pour régler les difficultés que la saisie occasionnera (art. 574 et suiv., Cod. comm.). **]]**

2814. *Les mêmes dispositions du Code de procédure sont-elles applicables à tous les effets mobiliers quelconques, même à des papiers et titres?*

Oui **[[** évidemment **]]**, puisque la loi ne fait aucune distinction. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 486.)

2815. *Si la chose volée ou perdue ne se trouve pas en la possession actuelle de celui qui la doit, et qu'on ne sache où elle se trouve, quelle action aura le propriétaire?*

Il aura l'action ou demande en revendication, afin de faire condamner le défendeur aux dommages-intérêts, qui sont appréciés par des experts convenus ou nommés d'office. Le paiement de ces dommages-intérêts étant effectué, le propriétaire est alors censé avoir cédé pour cette somme son droit de propriété dans la chose au défendeur, en sorte qu'il ne peut plus la saisir-revendiquer, et que c'est au contraire à celui-ci qu'appartient le droit de faire à son profit et à ses risques cette saisie, contre les tiers qui seraient en possession de la chose. (*Nouv. Répert.*, v° *Revendication, in fine.*)

[[Nous adoptons le sentiment de M. Carré. **]]**

ART. 826. Il ne pourra être procédé à aucune saisie-revendication, qu'en vertu d'ordonnance du président du tribunal de première instance, rendue sur requête; et ce, à peine de dommages-intérêts, tant contre la partie que contre l'huissier qui aura procédé à la saisie.

Tarif, 77. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 307, nos 1 et 2, et p. 308, nos 3 à 5.] — Règl. du 30 mars 1808, art. 54. — Cod. civ., art. 1926, 2102, nos 1 et 4; 2279. — Cod. comm., art. 574 et suiv. — [Locré, t. 23, p. 27; p. 75, n° 5, et p. 145, n° 7.

QUESTIONS TRAITÉES *avant l'article :* Quelles sont les personnes qui peuvent exercer la saisie-revendication? *Q.* 2812 *bis.* — Les dispositions du Code de procédure relatives à la revendication sont-elles applicables, en matière de commerce, aux marchandises vendues et livrées au failli? *Q.* 2813. — Les mêmes dispositions du Code de procédure sont-elles applicables à tous les effets mobiliers quelconques, même à des papiers et titres? *Q.* 2814. — Si la chose volée ou perdue ne se trouve pas en la possession actuelle de celui qui la doit, et qu'on ne sache où elle se trouve, quelle action aura le propriétaire? *Q.* 2815.

QUESTIONS TRAITÉES *après l'article :* Quel est le président auquel doit être présentée la requête afin d'obtenir l'ordonnance nécessaire pour saisir-revendiquer? *Q.* 2816. — Le juge de paix pourrait-il, comme dans la saisie-foraine, accorder la permission de saisir-revendiquer? *Q.* 2816 *bis.* — Le propriétaire pourrait-il faire un commandement préalable comme en matière de saisie-gagerie? *Q.* 2816 *ter.* — L'huissier et la partie sont-ils solidaires pour les dommages-intérêts, lorsque la saisie-revendication n'a pas été autorisée par une ordonnance du président? *Q.* 2816 *quater.*]

DXXXI. Comme le détenteur de la chose, ainsi que nous venons de le dire, a d'ordinaire pour lui la présomption de la propriété, si elle n'est pas détruite par un titre qui fasse voir que sa possession n'est que précaire, une grande

circonspection est nécessaire pour permettre la saisie, et c'est d'après cette considération que l'article ci-dessus exige, sinon qu'il faille toujours l'exhibition d'un acte, du moins que l'autorisation d'y procéder soit précédée d'un examen judiciaire.

2816. *Quel est le président auquel doit être présentée la requête afin d'obtenir l'ordonnance nécessaire pour saisir-revendiquer?*

C'est, d'après les art. 826 et 829 combinés, le président du tribunal du détenteur *réel* des effets, c'est-à-dire de celui qui les a réellement entre les mains. (*Voy.* BERRIAT SAINT-PRIX, p. 650, not. 2, et les *Questions* de LEPAGE, p. 553.)

Cette solution s'applique même au cas où la saisie serait incidente à une instance pendante devant un autre tribunal, non-seulement parce que la permission dépend de circonstances qui ne peuvent être bien appréciées que par le juge du lieu, mais encore parce que le magistrat qui l'accorde doit nécessairement être le même que celui qui doit juger en référé, aux termes de l'art. 829, et que, d'ailleurs, l'art. 831 n'attribue compétence au tribunal saisi de l'instance à laquelle la revendication serait incidente qu'à l'égard de la demande en validité.

[[Ces raisons nous paraissent concluantes, et nous les adoptons, contrairement à l'avis de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 514, qui voudrait que, dans le cas où la saisie-revendication est incidente à l'appel, ce fût le président de la Cour royale qui rendît l'ordonnance.

M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 422, va plus loin. Argumentant du silence absolu de l'article sur le point qui nous occupe, il estime que le revendicant doit être admis à présenter sa requête au président de tel ou tel tribunal, selon l'opportunité variable des circonstances. Cet arbitraire se trouve implicitement repoussé par un arrêt de la Cour de Nancy du 18 janv. 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 51).

Voyez toutefois, sur la différence qui existe entre la requête en saisie et la demande en validité de saisie, nos observations, *infrà*, p. 856, *Quest.* 2822.]]

[[**2816** bis. *Le juge de paix pourrait-il, comme dans la saisie foraine, accorder la permission de saisir-revendiquer?*

Evidemment non ; car la disposition toute spéciale et exceptionnelle de l'article 822 n'est pas reproduite ici. D'ailleurs, on comprend que la crainte de voir disparaître d'un instant à l'autre le débiteur forain ait pu engager le législateur à faire suppléer le président par le juge de paix, attendu l'urgence : mais ici la nécessité est moins pressante : il n'est pas à craindre que celui qui détient les effets que le propriétaire veut revendiquer disparaisse aussi facilement que celui qui n'a dans la commune ni domicile ni résidence : conséquemment, on a dû s'en tenir à la règle générale, sans reproduire l'exception.

La loi nouvelle du 25 mai 1838 n'a point innové. Aussi notre savant collègue M. BENECH, dans son *Traité des Justices de paix*, p. 137, s'exprime-t-il ainsi : « Ne convenait-il pas, par analogie, de déférer aux juges de paix la connaissance des *saisies-revendications* traitées dans les art. 826 et suiv., Cod. proc. civ.? »]]

[[**2816** ter. *Le propriétaire pourrait-il faire un commandement préalable, comme en matière de saisie-gagerie ?*

Il le peut, sans doute, car la loi ne le défend pas ; mais les frais de ce commandement frustratoire restent à sa charge ; à quoi bon ajouter, dans une procédure toute spéciale des formalités que la loi a jugées inutiles? M. SUDRAUD-

DESISLES, p. 300, n° 1013, *in fine*, pense aussi que les frais d'un commandement préalable ne doivent pas passer en taxe.]]

[[**2816** quater. *L'huissier et la partie sont-ils solidaires pour les dommages-intérêts, lorsque la saisie-revendication n'a pas été autorisée par une ordonnance du président ?*

Suivant M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 515, l'affirmative résulte du texte même de la loi. C'est aussi ce que nous pensons.]]

ART. 827. Toute requête à fin de saisie-revendication désignera sommairement les effets.

Tarif, 77. — Cod. proc. civ., art. 849.

ART. 828. Le juge pourra permettre la saisie-revendication, même les jours de fête légale.

Tarif, 77.— [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 308, nos 2 et 6.] — Cod. proc. civ., art. 819, 863, 1037.— [Locré, t. 23, p. 27; p. 75, n° 6, et p. 123, n° 13.
QUESTIONS TRAITÉES : En quels cas le juge peut-il permettre de saisir revendiquer un jour de fête légale ? *Q.* 2817.—Comment cette permission doit-elle être demandée ? *Q.* 2818.]

2817. *En quels cas le juge peut-il permettre de saisir-revendiquer un jour de fête légale ?*

Il ne peut le faire qu'autant que l'urgence est telle qu'il y aurait péril en la demeure. (Argum. de l'art. 1037.)

[[Nous pensons, comme M. Carré, que l'urgence doit être établie.]]

2818. *Comment cette permission doit-elle être demandée?*

Par requête dans laquelle on désigne sommairement les objets revendiqués (Tarif, art. 77), et que le président ne doit octroyer qu'avec beaucoup de circonspection.

[[Nous partageons ce sentiment.]]

ART. 829. Si celui chez lequel sont les effets qu'on veut revendiquer refuse les portes ou s'oppose à la saisie, il en sera référé au juge; et cependant il sera sursis à la saisie, sauf au requérant à établir garnison aux portes.

Tarif, 22 et 62. — Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 309, nos 7 à 10.] — Ordonn. de Moulins, art. 32. —Cod. proc. civ., art. 386 et suiv. — [Locré, t. 23, p. 27, et 75, n° 6.
QUESTIONS TRAITÉES : Lorsqu'il y a lieu à référé, la saisie doit-elle contenir l'assignation devant le président ? *Q.* 2819. — Comment l'ordonnance qui intervient sur le référé est-elle constatée ? *Q.* 2820.]

2819. *Lorsqu'il y a lieu à référé, la saisie doit-elle contenir l'assignation devant le président?*

Oui [[évidemment]], d'après l'art. 62 du Tarif.

2820. *Comment l'ordonnance qui intervient sur le référé est-elle constatée?*

Elle l'est sur le procès-verbal. (Argum. de l'art. 787.)

[[C'est aussi ce qu'enseigne avec raison M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 515.]]

ART. 830. La saisie-revendication sera faite en la même forme que la saisie-exécution, si ce n'est que celui chez qui elle est faite pourra être constitué gardien.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 309, n° 11, et p. 310, n° 12.] — Cod. proc. civ., art. 586, 598, 806 et suiv.—[Locré, t. 23, p. 27, et p. 75, n° 6.
QUESTIONS TRAITÉES : Peut-on établir pour gardien une autre personne que celle chez qui la saisie est faite ? *Q.* 2821. — Le procès-verbal de saisie-revendication est-il nul lorsque l'huissier a omis d'indiquer dans la copie remise au saisi le domicile réel du saisissant ? *Q.* 2821 *bis.*]

2821. *Peut-on établir pour gardien une autre personne que celle chez qui la saisie est faite?*

Oui, si l'on a lieu de craindre insolvabilité, manœuvre ou chicane de sa part. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 216.)

[[Le même auteur, *Comment.*, t. 2, p. 516, fait remarquer, avec juste raison, que ce mot, *pourra*, de l'art. 830, indique que c'est une faculté et non une obligation.]]

[[**2821** bis. *Le procès-verbal de saisie-revendication est-il nul, lorsque l'huissier a omis d'indiquer dans la copie remise au saisi, le domicile réel du saisissant ?*

Pour cette question, en particulier, comme pour toutes autres omissions, nous nous en référons à ce que nous avons dit au titre de la Saisie-exécution, *Question* 2004 *bis*, t. 4, p. 684.]]

ART. 831. La demande en validité de la saisie sera portée devant le tribunal du domicile de celui sur qui elle est faite ; et, si est elle connexe à une instance déjà pendante, elle le sera au tribunal saisi de cette instance.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 311, n°s 14 à 17.]—Cod. proc. civ., art. 570 et suiv. — [Locré, t. 23, p. 28, et p. 123, n° 14.
QUESTIONS TRAITÉES : Quel est le sens de ces mots de l'art. 831, *celui sur qui la saisie est faite ? Q.* 2822.— Comment la demande en validité doit-elle être formée? *Q.* 2823. — Cette demande est-elle soumise au préliminaire de la conciliation ? *Q.* 2823 *bis* (1).]

2822. *Quel est le sens de ces mots de l'art.* 831, CELUI SUR QUI LA SAISIE EST FAITE ?

Ces mots s'expliquent par ceux de l'art. 830, *celui chez qui elle est faite*, et ils indiquent conséquemment le détenteur débiteur actuel de la chose, s'il pré-

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :
Une contestation née à la suite d'une saisie-revendication faite sur un failli ne doit pas nécessairement être portée devant le juge du domicile du failli, si le failli et la masse sont sans intérêt dans le litige ; par exemple, si c'est une contestation de préférence entre le vendeur qui saisit-revendique et un commissionnaire qui a fait des avances sur les marchandises vendues. On ne peut appliquer, dans ce cas, ni l'art. 831, qui attribue au juge du domicile du saisi la connaissance de la contestation sur la validité de la saisie-revendication, ni l'art. 59, disant qu'en matière de faillite, on doit porter les contestations devant le juge du domicile du failli. (Cassat., 4 avril 1821 ; S. 21.1.330, et *J. Av.*, t. 23, p. 263.)]

tend y avoir droit; mais, dans le cas contraire, la demande en validité ne doit être faite que contre celui qui prétendrait à ce droit, et qui, conséquemment, serait assigné devant le juge de son domicile, et non devant celui du débiteur. (LOCRÉ, *Esprit du Code de proc.*, t. 4, p. 26, et BERRIAT SAINT-PRIX, p. 650, not. 2.)

[[Les termes de l'art. 831 nous paraissent résister à toute distinction : c'est devant le tribunal du domicile du tiers saisi, en d'autres termes, du lieu où la saisie est faite, que la demande en validité doit être portée, à moins qu'elle ne soit connexe à une instance déjà introduite devant un autre tribunal. Cette disposition ne fait que reproduire celle de l'art. 608, d'après laquelle l'opposition à la vente d'objets saisis, de la part de celui qui se prétend propriétaire, est jugée par le tribunal *du lieu de la saisie*. C'est, par une raison analogue, aux mêmes magistrats à statuer sur les prétentions respectives de la partie saisissante et de la partie saisie à la propriété des objets revendiqués, comme l'a expressément décidé la Cour de Nancy, le 18 janv. 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 51). L'art. 570, au titre de la Saisie-exécution, qui oblige le tiers détenteur à comparaître devant le tribunal du domicile du saisi, n'est donc pas applicable en matière de saisie-revendication, nonobstant l'avis contraire de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 516.]]

2823. *Comment la demande en validité doit-elle être formée?*

Si elle est principale, elle est formée, soit par le procès-verbal de saisie, soit par un exploit séparé.

Si elle est incidente, elle est formée par un simple acte, comme toutes les demandes de cette nature.

Si elle est connexe à une demande sur laquelle il y a instance introduite, et que la personne contre qui la saisie a été faite ne soit pas aux qualités, dans cette instance, il y a lieu à assigner cette personne par exploit. Mais, d'après l'art. 831, l'action n'en sera pas moins portée au tribunal saisi de l'instance dont nous venons de parler, et le tiers assigné ne pourra décliner ce tribunal. (Argum. de l'art. 181; *Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 487.)

[[Toutes ces décisions nous paraissent incontestables.]]

[[**2823** bis. *Cette demande est-elle soumise au préliminaire de la conciliation?*

La négative résulte formellement des termes du n°7 de l'art. 49, Cod. proc., qui en dispense, d'une manière générale, toutes les demandes faites sur saisies.]]

TITRE IV.

De la Surenchère sur aliénation volontaire (1).

[[ART. 832. Texte de l'article, t. 5, p. 329; discussion, p. 330; commentaire, p. 836.

ART. 833. Texte de l'article, t. 5, p. 331; commentaire, p. 861.

(1) [Nous avons inséré dans notre tome 5, un commentaire de la loi du 2 juin 1841 sur *les ventes judiciaires de biens immeubles.* Donner ici de nouveau le texte des articles de la surenchère nous a paru une répétition fort inutile. Pour ce titre, comme pour tous

ART. 834. Texte et commentaire, t. 5, p. 866.

ART. 835. Texte et commentaire, t. 5, p. 873.

ART. 836. Texte de l'article, t. 5, p. 332; commentaire, p. 875.

ART. 837. Texte de l'article, t. 5, p. 334; discussion, p. 335; commentaire, p. 876.

ART. 838. Texte de l'article, t. 5, p. 336; discussion, p. 337; commentaire, p. 887.

[[**2824** à **2860**. Quelques-unes de ces questions étant devenues sans objet, par suite de l'abrogation des articles 832, 833, 836, 837 et 838 de l'ancien Code de procédure, nous avons dû les supprimer; les autres ont été fondues avec notre Commentaire de la loi du 2 juin 1841. On trouvera au tome 5, p. 1023, l'énumération des questions supprimées et l'indication de la page où se trouvent celles que nous avons conservées.]]

TITRE V.

Des Voies à prendre pour avoir expédition ou copie d'un acte, ou pour le faire réformer.

Sous ce titre, la loi réunit plusieurs dispositions relatives à des matières qui, à la vérité, ont entre elles quelque analogie, mais dont l'objet est parfaitement distinct.

Il règle premièrement *la manière dont une partie qui a contracté, ses héritiers ou ayants cause*, peuvent se procurer une copie authentique dont la minute existe dans l'étude d'un notaire ou dans un greffe, etc. (Art. 834-845.)

Il établit secondement les formalités des *compulsoires et collations de pièces.* (Art. 846-854.) (1).

Il trace la marche à suivre, lorsqu'il s'agit de réformer ou rectifier un acte de l'état civil, dans lequel il se serait glissé quelques erreurs préjudiciables. (Art. 855-858.)

ART. 839. **Le notaire ou autre dépositaire qui refusera de délivrer expédition ou copie d'un acte aux parties intéressées en nom direct, héritiers ou ayants droit, y sera condamné, et par corps, sur**

---

ceux qui ont fait l'objet de la nouvelle loi, nous nous contenterons de renvoyer aux pages de notre tome précédent.]

(1) On nomme *compulsoire*, du latin *compellere*, forcer, la procédure dont l'objet est de contraindre un notaire, un greffier ou tout autre dépositaire public de titres, actes et registres, à les représenter et à en délivrer ou à en laisser prendre des copies dûment *collationnées*.

On nomme collation de pièces, du supin du verbe *conferre*, comparer, confronter, mettre en parallèle, la comparaison que l'on fait des copies de pièces avec leurs originaux, pour constater la conformité exacte et littérale des unes avec les autres, de manière que la représentation qu'on est dans le cas de faire de ces copies, lorsqu'elles ont été ainsi collationnées, équivaut à la représentation même des actes ou titres originaux qu'on ne produit pas.

Les anciennes règles, relatives aux compulsoires et collations de pièces, se trouvaient au titre 12 de l'ordonnance de 1667.

Sur ce que l'on entend par *grosse*, copies ou expéditions, et sur leurs effets, *Voy.* le Code civil, art. 1334 et suiv.; la loi du 25 vent. an XI, concernant l'organisation du notariat, et le 8e volume du *Droit civil français*, par M. TOULLIER.

assignation à bref délai, donnée en vertu de permission du président du tribunal de première instance, sans préliminaire de conciliation.

Tarif, 78. — Cod. proc. civ., art. 49, nº 7, 780 et suiv., 843, 844 et suiv.

Art. 840. L'affaire sera jugée sommairement, et le jugement exécuté, nonobstant opposition ou appel.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 323, nos 1 à 8.] — Cod. proc. civ., art. 135 et suiv., 304 et suiv. — [Notre Dict. gén. de proc., vº *Compulsoire*, nos 2, 16, 20, 21, 30 et 31.] — Locré, t. 23, p. 124, nº 15.

Questions traitées : Quels sont les actes dont la connaissance ne peut être refusée à personne? *Q.* 2861. — Quels sont les actes dont la connaissance peut être refusée au public? *Q.* 2862. — Qu'est-ce que l'on entend par *parties intéressées en nom direct?* *Q.* 2863. — Les notaires ou dépositaires sont-ils tenus, non-seulement de délivrer des expéditions aux parties intéressées, mais encore de leur représenter les minutes des actes, sur la demande qui en est faite? *Q.* 2863 *bis*. — Peut-on prouver, par témoins ou par lettres, qu'un notaire qui refuse une expédition, sous prétexte qu'il n'a pas reçu l'acte, l'a réellement passé? *Q.* 2863 *ter*. — Avant d'assigner un notaire ou dépositaire, doit-on le constituer en demeure? *Q.* 2864. — Devant quel tribunal doit-on porter la demande formée en vertu des art. 839 et 840? *Q.* 2865. — La contrainte par corps est-elle la seule condamnation pénale qui puisse être prononcée contre le notaire ou dépositaire récalcitrant? *Q.* 2866. — Peut-on toujours interjeter appel du jugement qui a condamné le notaire à donner une expédition à la partie intéressée? *Q.* 2866 *bis*.]

DXXXVII. Les dépôts des actes ont été établis pour conserver les originaux, et pour en délivrer des copies aux personnes intéressées. Les parties intéressées en nom direct, héritiers ou ayants droit, lorsqu'ils réclament une expédition ou copie de leur acte, ne font qu'exercer un droit qui n'est soumis à aucune formalité, et, par conséquent, cette expédition ne peut leur être refusée, sans donner lieu, comme le veut l'art. 839, à des poursuites contre le notaire ou autre dépositaire refusant.

2861. *Quels sont les actes dont la connaissance ne peut être refusée à personne?*

Ce sont les actes de l'état civil, les inscriptions hypothécaires, les matrices de rôles, les jugements et les autres actes judiciaires dont les greffiers sont dépositaires. (*Voy.* Cod. civ., art. 45 et 2196, et Cod. proc. civ., art. 853.)

Il n'est pas besoin de compulsoire pour en obtenir communication, si ce n'est à l'égard des jugements, dans le cas prévu par l'art. 854.

[[La marche à suivre dans ce cas, par la partie à qui la communication est refusée, est celle que prescrivent les art. 839 et 840, ainsi que le fait observer M. Pigeau, *Comment.*, t. 2, p. 545.

Les actes énumérés par M. Carré sont ceux que la loi établit, non en faveur d'intérêts particuliers, mais pour l'instruction et l'intérêt des citoyens en général, suivant la remarque de M. Thomine Desmazures, t. 2, p. 443; l'exactitude de la décision ne peut donc être mise en doute.]]

2862. *Quels sont les actes dont la connaissance peut être refusée au public?*

Ce sont particulièrement les actes notariés. L'art. 23 de la loi du 25 vent. an XI défend, en effet, aux notaires de délivrer expédition, ni de donner connaissance des actes à d'autres qu'aux personnes intéressées en nom direct, héritiers ou ayants droit, sans permission du président du tribunal de première instance.

C'est le mode de se pourvoir contre celui qui se refuserait à délivrer expédition de ces actes que le législateur a tracé aux art. 839 et 840.

[[Les actes sous seing privé et même les actes notariés concernant des intérêts de famille ne peuvent être livrés arbitrairement aux investigations des tiers. *Voy.* au surplus *Quest.* 2877, et arrêt de Paris, 8 fév. 1810 (*J. Av.*, t. 7, p. 108; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.2.203). M. DALLOZ, t. 3, p. 700, indique deux exceptions à cette règle générale. La première dans l'intérêt de la justice, c'est-à-dire en matière correctionelle ou criminelle, lorsque les pièces et papiers du prévenu peuvent conduire à la manifestation de la vérité; la seconde dans l'intérêt des particuliers, quand le juge ordonne, pendant une contestation commerciale, aux termes des art. 14, 15 et 496, Cod. comm., la représentation des livres d'un négociant. Cette dernière exception, qui est à vrai dire la seule, est fondée sur ce que de tels livres faisant souvent foi en faveur de celui qui les tient, il est juste d'autoriser les tiers à les invoquer contre lui. *V.* notre *Quest.* 1862 *bis*, t. 4, p. 457.]]

2863. *Qu'est-ce que l'on entend par* PARTIES INTÉRESSÉES EN NOM DIRECT ?

On entend ceux mêmes qui ont contracté par l'acte et pour eux, et non ceux qui ont contracté pour autrui, ou dont il serait parlé dans l'acte, sans cependant qu'ils eussent contracté(1). (*V.* PIGEAU, t. 2, p. 227 et 228.)

Alors même que l'acte contiendrait une reconnaissance ou obligation en leur faveur, il n'y a pour ces derniers que la voie du *compulsoire*.

[[L'explication de M. Carré est exacte (*V.* MM. FAVARD DE LANGLADE t. 2, p. 487, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 444). La conséquence qu'il en tire ne l'est pas moins; car l'art. 839 ne comprenant dans sa disposition que les parties intéressées elles-mêmes, le droit si important qu'il leur accorde ne peut être réclamé par d'autres que par eux.

C'est donc à tort que la Cour de Rouen, le 13 mars 1826 (*J. Av.*, t, 31, p. 314), a jugé que celui à qui est due une rente sur un domaine, et que cette Cour appelle *tiers intéressé*, est en droit de demander expédition de l'acte constitutif par la voie qu'indique l'art. 839, sans avoir besoin de recourir au compulsoire et sans être astreint aux règles de cette dernière procédure. L'art. 23 de la loi du 25 vent. an XI, sur lequel s'est fondée la Cour de Rouen, a été abrogé par les art. 846 et 847, comme il est dit sous la *Quest.* 2878; le tiers intéressé à connaître un acte ne peut donc, de quelque nature que soit son intérêt, employer d'autre voie que le compulsoire.]]

[[**2863** bis. *Les notaires ou dépositaires sont-ils tenus, non-seulement de délivrer des expéditions aux parties intéressées, mais encore de leur représenter les minutes des actes, sur la demande qui en est faite?*

M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 445, enseigne que cette obligation ne peut leur être arbitrairement imposée et que, quand les parties ou leurs ayants droit veulent prendre connaissance des minutes, pour vérifier si elles sont en règle, elles doivent employer la voie du compulsoire et se conformer aux règles prescrites par les art. 846 et suiv.

L'opinion de cet auteur ne nous paraît nullement fondée; la procédure du compulsoire suppose que la demande est intentée par un tiers, et c'est ce qui explique les précautions multipliées que la loi a établies. Mais ces mêmes pré-

---

(1) [La Cour de cassation, le 31 août 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 649), a jugé que le candidat au titre de notaire, qui croit avoir été calomnié par la délibération de la Chambre des notaires, peut demander communication de cet acte, et, en cas de refus, la réclamer des tribunaux.]

cautions deviennent sans objet et d'ailleurs injustes, dans l'hypothèse où les parties contractantes elles-mêmes, craignant la fraude ou la négligence de leur dépositaire, demandent que la minute de leurs conventions leur soit représentée.

Un arrêt de la Cour de Paris du 22 juill. 1809 (*J. Av.*, t. 7, p. 112; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.2.105) a résolu la question dans le sens que nous adoptons.]]

[[**2863** ter. *Peut-on prouver par témoins ou par lettres qu'un notaire qui refuse une expédition, sous prétexte qu'il n'a pas reçu l'acte, l'a réellement passé?*

Oui, d'après la Cour d'Agen, 16 fév. 1813 (*J. Av.*, t. 7, p. 115), parce qu'il ne s'agit pas dans la cause de prouver une convention excédant 150 fr., mais seulement un fait qui s'est passé entre les parties, et que ce fait peut donner naissance à un délit ou quasi-délit de la part du dépositaire. Cette décision nous paraît exacte ; car il est difficile que le tiers ait une preuve écrite de la passation de l'acte qu'il lui importe de prouver. L'offre de preuve doit être accueillie, surtout lorsque les témoins invoqués sont ceux que la partie prétend avoir figuré à la passation de l'acte. Il est, du reste, inutile d'ajouter que, dans ces circonstances, la plus grand circonspection, ou, pour mieux dire, la plus grande défiance est imposée au juge. Dans l'espèce décidée par la Cour d'Agen, à la déclaration des témoins venait s'ajouter une preuve tirée des propres aveux du notaire, consignés dans une lettre produite aux débats.

L'arrêt de cette Cour est également approuvé par M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 658, not. 6, § 2.]]

2864. *Avant d'assigner un notaire ou dépositaire, doit-on le constituer en demeure ?*

Suivant M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 520, on doit, parce que le notaire ne saurait être obligé à fournir une expédition de suite, et au moment où les parties l'exigeraient, lui accorder un délai moral, passé lequel on le constituerait en demeure par une acte extrajudiciaire, où l'on rappellerait l'objet et le jour de la demande qui lui aurait été faite, le délai qui se serait écoulé depuis cette demande, et par lequel on le sommerait d'y satisfaire *dans vingt-quatre heures, protestant que ce délai passé on se pourvoirait contre lui par les voies de droit, si mieux il n'aimait indiquer lui-même, au bas de l'acte, le délai qui lui serait nécessaire, et les raisons à l'appui de cette demande.*

Il peut être prudent et convenable de suivre cette marche ; mais il nous paraît évident, comme le supposent tous les autres commentateurs, que la permission d'assigner le notaire ou le dépositaire serait accordée par le président, nonobstant le défaut de la sommation conseillée par M. Demiau-Crouzilhac.

Il suffit, en effet, que la loi ne la prescrive pas, pour que le président ne puisse exiger qu'on en justifie. Ce serait au notaire ou dépositaire assigné à faire valoir les motifs de son refus, et, si le tribunal les trouvait fondés, le demandeur aurait à supporter les frais de son assignation, et ceux qu'elle aurait entraînés.

[[L'opinion de M. Carré nous paraît aplanir toutes les difficultés.]]

2865. *Devant quel tribunal doit-on porter la demande formée en vertu des art.* 839 *et* 840?

Cette demande étant personnelle, doit nécessairement être portée devant

le tribunal dans l'arrondissement duquel demeure, soit le notaire, soit le dépositaire.

Il en est ainsi de la demande formée dans le cas prévu par l'art. 841. (Voy. *Questions de Lepage*, p. 564.)

[[C'est aussi notre avis.]]

2866. *La contrainte par corps est-elle la seule condamnation pénale qui puisse être prononcée contre le notaire ou dépositaire récalcitrant?*

Il peut, suivant les circonstances, être condamné aux dommages-intérêts de la partie, si son refus ou son retard avait porté préjudice à celle-ci. (*Voy.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 521, et *Prat.*, t. 5, p. 99.)

[[M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 487, enseigne la même doctrine, fondée sur les termes de l'art. 1382 du Code civil.]]

[[**2866** bis. *Peut-on toujours interjeter appel du jugement qui a condamné le notaire à donner une expédition à la partie intéressée?*

M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 521, est le seul auteur qui soulève cette question, et les raisons qu'il donne, à l'appui de l'affirmative nous paraissent fort justes. « En effet, dit-il, il ne s'agit pas ici d'une chose susceptible d'évalua-« tion; car il est impossible de prévoir le tort que fait le détenteur d'un titre, « en refusant expédition ou copie à celui qui est en droit de le réclamer; dès « lors les tribunaux de première instance ne pourraient être souverains dans « des contestations de cette nature, qui appartiennent en quelque sorte à « l'ordre public. »

Il ajoute, avec raison, que la contrainte par corps contre le notaire ou dépositaire doit être nécessairement prononcée, car la loi est impérative à ce sujet : *sera condamné, et par corps*, etc.—C'est donc un motif de plus pour que la contestation ne puisse pas être décidée en dernier ressort par les juges de première instance.]]

ART. 841. La partie qui voudra obtenir copie d'un acte non enregistré, ou même resté imparfait, présentera sa requête au président du tribunal de première instance, sauf l'exécution des lois et règlements relatifs à l'enregistrement.

Tarif, 29 et 78. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 325, nos 9, 10 et 11.] — Lois des 22 frim. an VII, art. 20, 29, 30, 33, 34, 35, 36, 41 et 65, et 25 vent. an XI, art. 53 et 68. — Cod. proc. civ., art. 404, 844, 850. — [Locré, t. 23, p. 124, no 16.
QUESTION TRAITÉE : Quand peut-on dire qu'un acte est resté imparfait? *Q.* 2867.]

2867. *Quand peut-on dire qu'un acte est resté imparfait?*

Un acte est resté imparfait, quand il n'a pas été souscrit par toutes les parties dont la signature était nécessaire. Dans une pareille circonstance, le notaire, comme le dit M. LORET, dans ses *Eléments de la science notariale*, t. 1, p. 366 et 367, n'a pas droit de supprimer cet acte, qui, sans être signé de toutes les parties, ne contient pas moins des conventions qui ont été faites en sa présence, et à l'exécution desquelles celui qui a signé a souvent intérêt de tenir; il ne peut cependant en délivrer d'expédition, même à la partie qui l'a signé, qu'en vertu de l'ordonnance prescrite par l'art. 841.

Les rédacteurs des *Annales du notariat*, expliquant l'art. 841, t. 18, p. 127 et suiv., ont prouvé, premièrement, l'erreur de ceux qui pensent qu'un acte

reçu par un notaire est nul, s'il n'a pas été enregistré dans les délais légaux. L'enregistrement n'est, en effet, qu'une formalité extrinsèque, dont l'omission ne vicie point l'acte dans sa substance. Secondement, que la partie qui n'est point tenue du droit d'enregistrement, telle que le créancier, le vendeur, peut se faire délivrer copie de l'acte, en présentant requête au président, sauf l'exécution des lois relatives à l'enregistrement.

[[Tous ces points sont incontestables. *V.* aussi M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 417.]]

ART. 842. La délivrance sera faite, s'il y a lieu, en exécution de l'ordonnance mise ensuite de la requête; et il en sera fait mention au bas de la copie délivrée.

[[QUESTIONS TRAITÉES : L'ordonnance par laquelle le président ordonne la délivrance d'un acte imparfait ou non enregistré est-elle si rigoureusement obligatoire pour le notaire, qu'il ne puisse refuser d'y obtempérer? *Q.* 2868. — Si le notaire consent à délivrer l'acte, doit-on lui laisser l'ordonnance? *Q.* 2869.]]

2868. *L'ordonnance par laquelle le président ordonne la délivrance d'un acte imparfait ou non enregistré, est-elle si rigoureusement obligatoire pour le notaire, qu'il ne puisse refuser d'y obtempérer?*

Nous ne le pensons pas, par la raison que le législateur, dans l'art. 842, dit que la délivrance sera faite *s'il y a lieu*, et que, d'un autre côté, l'art. 843 dispose qu'*en cas de refus*, il en sera référé au président, ce qui suppose qu'il est des cas où il peut y avoir des motifs pour refuser d'obtempérer à l'ordonnance.

C'est au notaire ou dépositaire à bien réfléchir, avant de refuser la délivrance, sur la nature de son excuse ou de son exception, afin de prévenir une demande en dommages-intérêts, qui pourrait être formée contre lui si le président jugeait en référé que cette excuse ou exception n'est pas fondée.

[[Telle est aussi, et avec raison, la remarque de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 487.]]

2869. *Si le notaire consent à délivrer l'acte, doit-on lui laisser l'ordonnance?*

D'après l'art. 842, le notaire doit faire mention de cette ordonnance au bas de la copie délivrée; de là suit qu'il doit la conserver pour en justifier, s'il arrivait que cela fût nécessaire. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 334.)

M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 522, dit qu'il serait mieux et plus prudent de faire signifier l'ordonnance au notaire, pour, en cas de refus de sa part, le mettre à même d'en exprimer les motifs au bas de la signification : réponse sur laquelle on formerait le pourvoi en référé, d'après ce qui est indiqué, soit par l'art. 807, soit par l'art. 808.

Comme cette signification n'est point prescrite par la loi, il est certain qu'elle n'est pas nécessaire, et que si la partie qui a requis la délivrance d'un acte croit utile de la faire, les frais doivent rester à sa charge.

[[Nous ne croyons pas que cette dernière décision soit susceptible de faire difficulté. Sur le premier point, M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 487, partage l'avis de M. Carré, qui est également incontestable.]]

ART. 843. En cas de refus de la part du notaire ou dépositaire, il en sera référé au président du tribunal de première instance.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 325, nos 12 à 16.] — Cod. proc. civ., art. 806 et suiv.
[QUESTION TRAITÉE : Quand le notaire ou dépositaire refuse de délivrer l'acte malgré l'ordonnance qui le lui ordonne, est-ce à lui de faire le référé ? Q. 2870.]

DXXXVIII. Le motif de cet article est que le refus est présumé légitime jusqu'à la preuve du contraire, dont l'appréciation ne pouvait appartenir qu'au juge.

2870. *Quand le notaire ou dépositaire refuse de délivrer l'acte malgré l'ordonnance qui le lui ordonne, est-ce à lui de faire le référé ?*

C'est à la partie qui a requis la délivrance à se pourvoir en référé ; car il n'en est pas dans l'espèce dont il s'agit ici comme dans celle des art. 587, 787 et 944, qui veulent que le recours en référé ait lieu de la part de l'officier ministériel et par un procès-verbal qui contienne l'ordonnance du juge, qui le signe sans dresser lui-même un procès-verbal séparé.

M. PIGEAU, t. 2, p. 335, donne une juste raison de cette différence entre les cas de ces articles et celui prévu par l'art. 843. C'est, dit-il, que, dans les premiers, les obstacles et difficultés viennent uniquement du côté des parties et non de celui de l'officier, lequel, étant neutre, conserve son impartialité d homme public, et peut par conséquent constater ce qui se passe, tandis qu'il n'en est pas de même lorsque le notaire refusant se rend en quelque sorte partie, et ne pourrait opérer comme homme public.

[[L'art. 944 n'exige point que le référé soit introduit par l'officier public ; il permet seulement à ce dernier de se pourvoir de cette manière, lorsqu'il réside dans le canton où siége le tribunal. Du reste, la décision de M. Carré est exacte, mais la distinction de M. Pigeau, sur laquelle il s'appuie, nous paraît susceptible de controverse : la véritable raison de décider dans le cas actuel est, ce nous semble, que la partie qui réclame délivrance de l'acte est demanderesse par rapport au notaire, ce qui lui impose l'obligation d'introduire l'instance en référé.]]

ART. 844. La partie qui voudra se faire délivrer une seconde grosse, soit d'une minute d'acte, soit par forme *d'ampliation* (1) sur une grosse déposée, présentera, à cet effet, requête au président du tribunal de première instance : en vertu de l'ordonnance qui interviendra, elle fera sommation au notaire pour faire la délivrance à jour et heure indiqués, et aux parties intéressées, pour y être présentes ; mention sera faite de cette ordonnance, au bas de la seconde grosse, ainsi que de la somme pour laquelle on pourra exécuter, si la créance est acquittée ou cédée en partie.

Tarif, 29 et 78.— Ordonn. de 1539, art. 178.— Loi du 25 vent. an XI, art. 26.— Cod. civ., art. 45. — Cod. proc. civ., art. 850, 854.

DXXXIX. Lorsqu'il s'agit d'une seconde grosse, l'ordre public exigeait que l'on imposât, comme le fait l'article ci-dessus, d'autres obligations que celles

---

(1) Les auteurs entendent par le mot *ampliation*, la grosse d'un acte expédié sur la grosse principale déposée chez un notaire, pour en délivrer des copies aux parties intéressées, comme serait un des copartageants avec déclaration de l'intérêt que chacun a dans la chose. (LOCRÉ, *Esprit du Cod. de procéd.*, t. 4, p. 77.)

qui sont prescrites par les articles précédents; la raison en est qu'un second titre exécutoire ne peut être fourni sans connaître l'emploi qui a été fait du premier, et sans que les parties intéressées à contredire soient appelées à le faire, s'il y a lieu.

ART. 845. En cas de contestation, les parties se pourvoiront en référé.

[Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 326, nos 17 à 34.] — Cod. proc., art. 806 et suiv. — [Notre Dict. gén. de proc., vo *Compulsoire*, nos 3, 22, 23 et 32.

QUESTIONS TRAITÉES : L'original de la sommation que l'on doit faire au notaire ou dépositaire, conformément à l'art. 844, doit-il être visé par lui? *Q.* 2871. — Quelle est la sanction de l'obligation imposée au requérant par l'art. 844, de mettre en cause toutes les parties intéressées? *Q.* 2871 *bis*. — Quel est le délai qu'il faut accorder au notaire pour délivrer la seconde grosse, et aux parties intéressées pour être présentes à cette délivrance? *Q.* 2872. — Le notaire ou autre dépositaire doit-il constater par un procès-verbal la délivrance de la seconde grosse, le défaut de l'une des parties appelées, ou l'opposition qu'elle aurait faite à la délivrance? *Q.* 2873. — Est-ce vers le président ou vers le tribunal entier que l'on doit se pourvoir en référé? *Q.* 2874. — Lorsque le président renvoie au tribunal, doit-on procéder sans écritures? *Q.* 2875 — Les notaires sont-ils les seules personnes auxquelles s'appliquent les dispositions des art. 844 et 845? *Q.* 2875 *bis* (1).]

2871. *L'original de la sommation que l'on doit faire au notaire ou dépositaire, conformément à l'art.* 844, *doit-il être visé par lui?*

Oui [[incontestablement]], d'après l'art. 1039, qui veut que les assignations faites à des personnes publiques, préposées pour les recevoir, soient par elles visées sans frais sur l'original, et qu'en cas de refus de leur part, elles le soient par le procureur du roi. Il en est de même de l'assignation donnée au notaire, conformément à l'art. 839.

[[**2871** bis. *Quelle est la sanction de l'obligation imposée au requérant par l'art.* 844, *de mettre en cause toutes les parties intéressées?*

L'importance de la mise en cause de tous les intéressés, sur la demande en expédition d'une seconde grosse, est incontestable, puisque cet acte comporte le droit d'exécuter, droit qui est censé avoir été exercé au moyen de la première grosse, suivant la juste observation de M. Carré, au *Commentaire* de l'art. 844. Il résulte de là, incontestablement, que la saisie pratiquée au moyen d'une seconde grosse obtenue sans l'autorisation de la justice est nulle de plein droit, comme l'a décidé la Cour de cassation, 23 août 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 196), dans une espèce où la première grosse n'avait pas été revêtue de la formule exécutoire; et M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 488, n'hésite pas à enseigner, ce qui est peut-être un peu sévère, lorsqu'il n'y a pas fraude, que le notaire qui délivrerait une seconde grosse, sans l'intervention de la justice, parties présentes ou dûment appelées, encourrait la peine de la destitution.

Mais que faudrait-il décider, dans le cas où la partie aurait été autorisée à réclamer une seconde grosse, par ordonnance du président, qui n'imposerait pas en même temps l'obligation d'avertir les parties? La Cour de Paris, 17 therm. an XIII (*J. Av.*, t. 7, p. 103; DEVILL., *Collect. Nouv.*, 2.2.80), a prononcé dans ce cas, la nullité de l'ordonnance, comme contrevenant à la disposition

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

Lorsqu'un mandat a eu lieu par acte public, un notaire ne peut refuser une seconde expédition au mandataire, si le mandant ne s'y est point formellement opposé entre ses mains. Paris, 2 mai 1808 (*J. Av.*, t. 7, p. 105).]

de l'art. 844; cette décision nous paraît trop rigoureuse, car cet article ne dit pas expressément que l'ordonnance doit contenir une semblable disposition : il veut seulement que le requérant appelle en temps utile les parties, et s'il le fait de son propre mouvement, nous ne voyons pas pour quel motif la procédure serait annulée. Il n'y aurait lieu à prononcer cette peine que s'il manquait à son obligation, comme l'a jugé la Cour de Rennes, le 8 déc. 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 319), qui, en déclarant sans effet la saisie pratiquée dans ces circonstances, nous paraît être beaucoup mieux entrée dans le véritable esprit de la loi.]]

2872. *Quel est le délai qu'il faut accorder au notaire pour délivrer la seconde grosse, et aux parties intéressées pour être présentes à cette délivrance?*

La loi n'ayant déterminé aucun délai, il est laissé au choix du demandeur, qui peut n'indiquer que le plus bref, c'est-à-dire celui-ci de vingt-quatre heures.

Cependant, dit M. LEPAGE, dans ses *Questions*, p. 565, la raison veut que le délai déterminé par le demandeur soit augmenté du temps nécessaire pour que les parties les plus éloignées puissent franchir les distances qui les séparent du lieu où elles sont appelées.

Cette augmentation doit être dans la proportion légale d'un jour par trois myriamètres, conformément à l'art. 1033, qui augmente, dans cette proportion, le délai général pour les ajournements et *sommations faits à personne ou à domicile.*

[[MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 660, not. 17, n° 2; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 488, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 447, partagent, sur ces divers points, la manière de voir de M. Carré, qui est également suivie dans la pratique.]]

2873. *Le notaire ou autre dépositaire doit-il constater par un procès-verbal la délivrance de la seconde grosse, le défaut de l'une des parties appelées, ou l'opposition qu'elle aurait faite à la délivrance ?*

Oui, ainsi qu'il est dit par M. PIGEAU, t. 2, p. 331, et prouvé par M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 523.

Ce procès-verbal doit être inséré en tête de la seconde grosse, qui peut être délivrée nonobstant la non-comparution de l'une des parties appelées.

S'il constate un dire consistant en ce que la créance n'est éteinte qu'en partie ou n'appartient pas en totalité à celui qui demande la grosse, le dépositaire fait mention, au bas de la grosse, de la somme qui reste due, et pour laquelle seulement on pourra exécuter; s'il constate, au contraire, une opposition formelle et absolue à la délivrance, le notaire déclare au procès-verbal qu'*il délaisse les parties* à se pourvoir ainsi qu'elles aviseront; et c'est alors à la plus diligente d'entre elles à assigner en référé. (Voy. *Quest.* 2870.)

[[La nécessité de suivre cette marche est reconnue de tous les auteurs.]]

2874. *Est-ce vers le président ou vers le tribunal entier que l'on doit se pourvoir en référé?*

Suivant les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 105, et M. DELAPORTE, t. 2, p. 396, ce serait devant le tribunal qu'on devrait se pourvoir en référé sur toute contestation, quelle qu'elle fût, qui s'élèverait à l'occasion de la délivrance de la seconde grosse.

Suivant M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 523, et M. HAUTEFEUILLE, p. 473, on devrait, dans tous les cas, se pourvoir en référé devant le président, sauf à ce magistrat à renvoyer à l'audience, lorsque la contestation serait fondée sur la libération du débiteur, résultant, soit de la représentation de la première grosse qu'il aurait entre les mains (Voy. *Cod. civ.*, art. 1283), soit de toute autre cause.

Nous croyons cette dernière opinion exactement conforme à l'esprit du Code de procédure, qui, toutes les fois qu'il indique la voie du référé, sans exprimer que l'on devra se pourvoir devant le tribunal entier, suppose qu'on doit s'adresser au président, sauf à lui de renvoyer les parties à l'audience, dans les cas exprimés sur la *Quest.* 2773.

[[M. Carré n'a pas, ce nous semble, reproduit exactement l'avis de M. Delaporte qui, loin d'enseigner que le référé doit être porté devant le tribunal tout entier, suppose au contraire qu'il le sera devant le président, lequel, en cas de contestation, renverra à l'audience : l'exactitude de cette opinion nous paraît, au surplus, incontestable. (Voy. *infrà*, notre *Quest.* 2878.]]

2875. *Lorsque le président renvoie au tribunal, doit-on procéder sans écritures?*

Les parties devraient fournir des défenses, suivant M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 523; mais d'après la solution de la première question, nous estimons qu'il y a lieu de procéder sommairement, parce que le tribunal ne fait que remplacer le président (Voy. notre *Quest.* 2773), et que d'ailleurs il y a *titre non contesté*, dans le sens que nous avons attribué à ces expressions. (Voy. *Question* 1470.)

[[Les principes en matière de référé prouvent l'exactitude de cette décision.]]

[[**2875** bis. *Les notaires sont-ils les seules personnes auxquelles s'appliquent les dispositions des art.* 844 *et* 845?

Elles s'appliquent également, d'après M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 448, aux greffiers, pour des jugements qui concerneraient plusieurs parties et règleraient séparément les intérêts de chacune. Il faut remarquer qu'aux termes de l'art. 853, les greffiers et dépositaires de registres publics, étant tenus de délivrer à tous requérants copie des décisions judiciaires, sans ordonnance du président, à moins qu'il n'en soit réclamé une seconde expédition exécutoire, c'est en ce dernier cas seulement qu'il y aurait lieu de suivre les dispositions des art. 844 et 845.]]

ART. 846. Celui qui, dans le cours d'une instance, voudra se faire délivrer expédition ou extrait d'un acte dans lequel il n'aura pas été partie, se pourvoira ainsi qu'il va être réglé.

Loi du 26 vent. an XI, art. 23. — Cod. proc. civ., art. 853. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Compulsoire*, nos 4, 5, 8 à 14 et 27. — Devilleneuve, *eod. verb.*, nos 1, 3 et 4.

QUESTIONS TRAITÉES : Résulte-t-il de la disposition de l'art. 846 que la demande à fin de compulsoire ou d'expédition d'actes dans lesquels on n'a point été partie ne puisse jamais être l'objet d'une action principale? *Q.* 2876. — Peut-on demander un compulsoire des livres et registres des particuliers qui ne sont ni notaires ni dépositaires? *Q.* 2877. — Le compulsoire peut-il être accordé par simple ordonnance du président? *Q.* 2878. — Toutes parties, dans une instance, sont-elles également en droit de demander le compulsoire? *Q.* 2878 *bis.* — Le compulsoire ne doit-il être ordonné qu'autant que le titre a un rapport direct à l'objet en litige? *Q.* 2779 (1).]

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

Le caractère d'une action se détermine par les circonstances de la cause, et non par les expressions qu'ont pu employer les parties pour former leur demande; ainsi, s'il

DXL. Le cas prévu par cet article, et dans lequel, pendant le cours d'une instance, une expédition est demandée par une personne étrangère à l'acte, était la matière du titre des compulsoires de l'ordonnance de 1667. Ces formalités, comme on le verra par les dispositions suivantes, sont plus rigoureuses que celles qui sont prescrites par les articles précédents. La justice, dans ce cas, ne devait admettre la demande des parties étrangères à l'acte, que sous les conditions nécessaires pour s'assurer de l'intérêt qu'elles peuvent avoir à cet acte, et avec toutes les précautions propres à empêcher que l'intérêt d'autrui n'en souffrît aucune lésion.

2876. *Résulte-t-il de la disposition de l'art.* 846 *que la demande à fin de compulsoire ou d'expédition d'actes dans lesquels on n'a point été partie, ne puisse jamais être l'objet d'une action principale?*

En d'autres termes : *Le Code de procédure ne parlant que du compulsoire demandé dans le cours d'une instance, faut-il en conclure qu'il prohibe le mode de compulsoire par action principale?*

Sous l'empire de l'ordonn. de 1667, on pouvait, ainsi que l'atteste JOUSSE, sur l'art. 1er du titre 12, et DUPARC-POULLAIN, t. 10, p. 250, prendre cette voie avant aucune instance, soit qu'on eût été partie dans l'acte, soit qu'on ne l'eût pas été, même indirectement.

La seule formalité à remplir alors était de prendre une commission du sceau, ou d'obtenir sur requête une ordonnance du juge, à laquelle les notaires ou les parties intéressées pouvaient faire opposition; cette opposition formée devenait le principe d'une procédure qui ne différait des autres que par la manière dont elle avait été introduite, mais qui n'en était pas moins une véritable procédure indépendante, une action principale, puisqu'il n'en existait aucune autre.

Aujourd'hui, dit M. PIGEAU, t. 2, p. 341, cela ne peut avoir lieu; il faut que l'instance soit ouverte, puisque l'art. 846 dit que celui qui, *dans le cours d'une instance*, voudra se faire délivrer expédition ou extrait..., devra se pourvoir....

M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 660, not. 16, dit au contraire que l'art. 846 n'est point prohibitif; qu'il prescrit le compulsoire pour les demandes d'expéditions formées pendant une instance, mais qu'il ne le défend pas pour d'autres circonstances.

Deux arrêts de la Cour de Paris, l'un du 4 juill. 1809 (V. *J. Av.*, t. 7, p. 107, *Biblioth. du barr.*, 2e part., 1809, 2e année, p. 319 et 320), ont consacré l'opinion de M. Pigeau : l'on peut donc regarder comme certain que l'art. 846 est prohibitif du compulsoire demandé par action principale, et par conséquent introductif d'un droit nouveau.

La raison de ce changement, dit M. Pigeau, *ubi suprà*, est qu'il est possible que l'adversaire avoue le fait contenu dans l'acte, ou oppose des moyens qui en rendent la production inutile, et que l'on ne doit pénétrer dans le secret des actes faits entre des tiers que lorsqu'on n'a pas d'autre moyen de se procurer la vérité.

---

s'agit d'un droit de passage non envisagé comme une servitude, mais comme prenant sa source dans une concession faite à titre onéreux, il peut y avoir lieu à la garantie de la part du vendeur. L'acquéreur a donc le droit d'obtenir un compulsoire à l'effet de se procurer les titres sur lequels il croit devoir appuyer ses droits; en conséquence les juges ne peuvent prononcer sur la question de garantie qu'après l'examen des titres. Orléans, 10 fév. 1819 (*J. Av.*, t. 14, p. 472).]

[[L'opinion soutenue ici par M. Carré a été reproduite par la plupart des auteurs; MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 540; FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 488; DALLOZ, t. 3, p. 702, enseignent comme lui que la demande à fin de compulsoire ne peut être présentée que durant le cours d'une instance : M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 450, défend plus énergiquement le même systême, et combat les objections que nous avions élevées dans notre *Journ. des Avoués*, en rapportant les deux arrêts précités de la Cour de Paris. Mais le seul argument de ces auteurs reposant toujours sur les termes de l'art. 846, termes qui n'ont rien de prohibitif, suivant la juste observation de M. Berriat Saint-Prix, nous persistons de plus fort dans notre premier avis. Le droit de demander un compulsoire avant tout procès, droit dont l'exercice est d'ailleurs subordonné à l'appréciation des magistrats, est si utile en certaines circonstances; il peut prévenir tant de contestations et même de scandales (puisque l'on porte toujours la discussion sur ce point), que nous ne concevons pas comment les juges, auxquels du reste la plus grande réserve est imposée à cet égard, le refuseraient aux parties, par cela seul qu'un procès n'existe pas, et qu'elles voudraient au contraire éviter de l'engager. L'art. 846 a prévu et réglé le cas le plus commun; les autres rentrent dans la règle générale, qui permet d'intenter toute action qui n'est contraire ni aux lois ni à l'ordre public.

Notre opinion a été consacrée par l'arrêt de Rouen, 13 mars 1826, cité sous la *Quest.* 2863; mais cet arrêt admet en outre, comme nous l'avons vu, que le compulsoire, demandé par action principale, peut être exécuté sur une simple ordonnance du président, ce qui nous paraît absolument contraire à la volonté de la loi : il faut évidemment, dans son intention, que les parties intéressées soient appelées à débattre l'opportunité de la demande, à assister à la rédaction du procès-verbal, ce qui ne peut avoir lieu qu'en se conformant à la marche tracée par les art. 846 et suiv. Seulement, la requête d'avoué à avoué sera remplacée par une assignation ordinaire.]]

2877. ***Peut-on demander un compulsoire des livres et registres des particuliers qui ne sont ni notaires ni dépositaires?***

Non, d'après un arrêt de la Cour de Rennes du 21 juin 1811 (Voy. *Journ.* des arrêts de cette Cour, t. 2, p. 163 et 164; et *J. Av.*, t. 7, p. 114), attendu que la loi n'autorise les compulsoires que vers les notaires et dépositaires.

Il s'agissait, dans l'espèce, d'une demande en compulsoire des registres et papiers d'un agent d'une des parties, registres et papiers dans lesquels le demandeur prétendait trouver la preuve d'un fait dont son adversaire contestait la vérité.

[[Nous avons déjà remarqué, sous la *Quest.* 2862, qu'aux termes des articles 14, 15 et 496, Cod. comm., les juges pouvaient ordonner, dans certains cas la représentation des livres d'un négociant. L'art. 505 qualifie cet acte du nom de *compulsoire*, ce qui a pu faire croire que les formes tracées par les art. 846 et suiv. lui étaient applicables. Cette erreur a été repoussée par trois arrêts successifs, de Paris, 28 août 1813 (*J. Av.*, t. 3, p. 404; DEVILL., *Coll. nouv.*, 4.2.357); Amiens, 9 mai 1821 (*J. Av.*, t. 7, p. 119), et Caen, 10 avril 1827 (*J. P.*, 3e édit., t. 23, p. 312), non que la marche tracée par le Code de procédure ne puisse être suivre en ce cas, mais son inobservation n'entraîne pas de nullité, ce qui est d'autant plus juste que l'objet des deux compulsoires n'est pas le même.

En ce qui concerne les papiers et titres de familles, actes essentiellement privés, la communication ne peut en être exigée par des tiers, comme on le conçoit facilement, et il n'existerait nul moyen de forcer leur propriétaire à la fournir, à moins d'employer la contrainte par corps, et la perquisi-

tion à domicile. *Voy.* à l'appui de notre opinion un arrêt de Rouen du 13 juin 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 18), ainsi que M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 540.]]

2878. *Le compulsoire peut-il être accordé par simple ordonnance du président?*

D'après l'art. 23 de la loi du 25 ventôse, il pouvait l'être; mais les art. 846 et 847 dérogeant évidemment à cette disposition, il faut obtenir jugement. C'est, en effet, au tribunal entier qu'il appartient d'ordonner tout ce qui est nécessaire pour le mettre en état de prononcer dans la cause dont il est saisi.

[[Cette solution est la conséquence des principes que nous avons émis sous les *Quest.* 2863 et 2876.]]

[[**2878** bis. *Toutes parties, dans une instance, sont-elles également en droit de demander le compulsoire?*

M. THOMINE DESMAZURES, qui soulève cette question, t. 2, p. 449, fait observer que si, pour repousser une prétention injuste, le défendeur est en droit d'invoquer jusqu'aux titres de son adversaire, il n'en est pas de même du demandeur qui est tenu de prouver une obligation, par cela seul qu'il en réclame l'exécution, et qu'il ne peut obliger son adversaire à produire contre lui-même : *Nemo tenetur edere contrà se.* Cet auteur convient cependant que les termes si généraux de l'art. 846 : *Celui qui dans le cours d'une instance*, repoussent toutes distinctions entre les parties, à raison de leur qualité; mais il croit que le tribunal doit accorder plus difficilement le compulsoire à celle qui attaque qu'à celle qui se défend.

Nous ne comprenons pas bien, quant à nous, la raison de cette différence. Si l'une des parties, dans le cours du débat, réclame le compulsoire, c'est pour repousser une prétention mal justifiée, ou pour établir des droits contestés ; et peu importe dans ces deux cas à la justice, qui croit avoir besoin d'éclaircissements, la qualité de demandeur ou celle de défendeur. Sans doute nul n'est tenu de produire contre lui-même; mais cette maxime ne veut dire autre chose, comme l'explique M. DALLOZ, t. 3, p. 700, sinon que la partie qui détient un titre ne peut être forcée d'en donner communication, à moins qu'elle n'en eût argué en sa faveur (art. 188); mais quand la pièce est déposée chez un notaire, et que le tribunal, après un débat contradictoire, ordonne qu'il en sera fourni une expédition, la position de la question n'est plus la même, car le notaire est un officier public, tenu en cette qualité, sauf telles restrictions que de droit, à fournir à la justice les renseignements dont elle a besoin.]]

2879. *Le compulsoire ne doit-il être ordonné qu'autant que le titre a un rapport direct à l'objet en litige?*

Par arrêt du 27 juillet 1809, la Cour de Rennes (voy. *Jurisp. de cette Cour*, t. 2, *Notices somm.*, p. 36; et *J. Av.*, t. 7, p. 113) a jugé cette question pour l'affirmative : d'où nous concluons qu'un compulsoire ne peut être ordonné, comme le dit aussi M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 525, qu'autant que l'acte doit influer essentiellement dans la cause.

[[C'est un point constant, que les tribunaux ne sont pas liés par une demande en compulsoire, et qu'ils peuvent, suivant les circonstances, l'accueillir ou la rejeter, sans contrevenir à la loi; ainsi la Cour de Cassation, le 28 janvier 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 612; DEVILL., 1835.1.739), a jugé qu'il était permis aux juges de n'y avoir aucun égard, lorsque le demandeur ne précise pas les actes qu'il prétend rechercher. M. DALLOZ, t. 3, p. 701, à propos du compul-

soire à ordonner en matière commerciale, caractérise encore plus nettement les faits qui nécessitent le compulsoire, en enseignant qu'ils doivent être de la nature de ceux à raison desquels la loi autorise une enquête, c'est-à-dire précis, pertinents et concluants. (*V.* Cass., 20 août 1833, *J. Av.*, t. 46, p. 158.) Lors même que ces circonstances se trouvent réunies, il peut encore arriver qu'il n'y ait pas lieu à compulsoire, si, par exemple, un acte a été déposé en l'étude d'un notaire, avec la condition qu'il ne serait ouvert que dans des cas prévus, lorsque l'événement prévu ne s'est pas encore réalisé, comme l'a décidé la Cour suprême, le 2 mai 1838 (*J. Av.*, t. 54, p. 242; DEVILL., 1838.1.451). La plus grande latitude est laissée, sur ce point, à l'appréciation des tribunaux, qui n'usent d'ailleurs qu'avec la plus grande réserve du droit d'ordonner le compulsoire.]]

ART. 847. La demande à fin de compulsoire sera formée par requête d'avoué à avoué : elle sera portée à l'audience sur un simple acte, et jugée sommairement sans aucune procédure (1).

Tarif, 75.— [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 328, nos 24 à 30.] — Loi du 25 vent. an XI, art. 23. — Cod. proc. civ., art. 404 et suiv. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Compulsoire*, nos 10, 17 à 19 et 28.

QUESTIONS TRAITÉES : La requête d'avoué à avoué doit-elle être présentée au juge? *Q.* 2879 *bis.* — Peut-on répondre à la requête par laquelle le compulsoire est demandé ? *Q.* 2880. — Est il nécessaire, pour obtenir un compulsoire, d'indiquer la date du titre recherché et le nom du notaire qui l'a reçu? *Q.* 2880 *bis.* — La demande ou la procédure du compulsoire est-elle nécessairement suspensive des poursuites et du jugement du fond ? *Q.* 2881.]

[[**2879** bis. *La requête d'avoué à avoué doit-elle être présentée au juge?*

La Cour de Colmar, le 28 mai 1808 (*J. Av.*, t. 7, p. 105), a jugé que l'action introduite par une requête simplement signifiée à l'avoué, sans que les magistrats aient été appelés à en prendre connaissance, n'est pas régulièrement intentée. M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 541, combat cette décision : il faut, dit cet auteur, distinguer deux sortes de requêtes : les unes, signifiées à avoué, qu'on appelle *requêtes*, parce qu'elles contiennent *demandes*, ne sont pas présentées aux juges, quoique d'après leur intitulé elles paraissent l'être; parce que les parties à qui elles sont signifiées peuvent les débattre, et que ce n'est qu'après, qu'elles sont répondues du tribunal, par le jugement qu'il rend sur la demande, parties appelées ou entendues.

Les autres, qui ne sont pas signifiées aux parties, doivent être réellement présentées aux juges, puisque, sans cela, ils ne pourraient statuer.

Nous avons déjà exprimé cette opinion à l'occasion des demandes en péremption, *Quest.* 1443 *bis*, et, en désistement, *Quest.* 1459.]]

2880. *Peut-on répondre à la requête par laquelle le compulsoire est demandé ?*

Le Code garde le silence; mais l'art. 75 du tarif décide la question, en disposant que le nombre des rôles de la requête en réponse ne peut jamais excéder celui fixé pour la requête en demande, c'est-à-dire six rôles.

[[Ce point ne peut souffrir aucune difficulté.]]

---

(1) [Les émoluments de l'avoué, pour présenter et obtenir l'ordonnance du juge commis à l'effet de procéder au compulsoire, doivent être taxés d'après l'art. 76 du Tarif. *Voy.* notre *Comment. du Tarif,* t. 2, p. 329, n° 33.]

[[**2880** bis. *Est-il nécessaire, pour obtenir un compulsoire, d'indiquer la date du titre recherché et le nom du notaire qui l'a reçu?*

La loi et la raison exigent également que la partie qui réclame le compulsoire ait un intérêt réel à former sa demande; mais lorsque cette condition est remplie, il importe peu que la requête spécifie ou non le jour où l'acte a été passé, et l'officier public chez qui il a été déposé. Il est convenable, sans doute, de spécifier ces divers points; mais comme ils ne tiennent pas à l'essence même de l'action, et qu'ils ne touchent en rien à la question principale, qui est celle de savoir si le demandeur a intérêt, nous croyons qu'il est impossible d'appliquer ici une nullité que la loi ne prononce pas. La Cour de Paris, le 1er mars 1809 (*J. Av.*, t. 7, p. 107; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.2.37), a résolu la question de la même manière.]]

2881. *La demande ou la procédure du compulsoire est-elle nécessairement suspensive des poursuites et du jugement du fond?*

M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 661, not. 20, dit que le compulsoire ne doit point retarder le jugement du procès, parce que la partie doit s'imputer de ne l'avoir pas sollicité avant que la cause fût en état. Cette opinion est conforme à celle de Rodier, sur l'art. 1er du titre 12 de l'ordonnance.

Il suit de là, *à contrario*, et c'est aussi ce que pensaient Bornier et Serpillon, sur le même article, que si le compulsoire a été permis contradictoirement comme une instruction préalable, il suspend nécessairement le jugement.

[[C'est aussi notre avis et celui de M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 452; mais faut-il dire également que, quand la cause est en état, le compulsoire ne peut être ordonné? la Cour de Rennes, le 6 janv. 1814 (*J. Av.*, t. 7, p. 117), a jugé le contraire, par ces motifs que la loi n'a point assigné de terme fatal, et que les magistrats, avant de prononcer définitivement, ont toute faculté de rendre tel jugement interlocutoire qui leur paraît convenable, et dont ils croient le résultat propre à éclairer leur décision. Ces arguments nous semblent péremptoires.

Il est d'ailleurs certain que si cette demande n'est proposée que dans le but évident de retarder l'issue du procès, elle doit être rejetée. Tout dépend, sur ce point, de l'appréciation des juges.]]

ART. 848. Le jugement sera exécutoire, nonobstant appel ou opposition.

Cod. proc., art. 139 et suiv. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 329, nos 31 à 34. — Notre Dict. gén. de proc., v° *Compulsoire*, n° 29.

QUESTIONS TRAITÉES : Est-il une circonstance dans laquelle, nonobstant la disposition de l'art. 848, l'exécution du jugement qui ordonnerait un compulsoire, pourrait être arrêtée? *Q.* 2882. — Que faut-il pour que le jugement qui ordonne le compulsoire puisse être exécuté? *Q.* 2883.]

2882. *Est-il une circonstance dans laquelle, nonobstant la disposition de l'art.* 848, *l'exécution du jugement qui ordonnerait un compulsoire pourrait être arrêtée?*

Ce n'est qu'à l'égard des parties que cette disposition, d'après laquelle un semblable jugement est exécutoire, nonobstant appel ou opposition, peut être applicable; elle ne l'est pas au fonctionnaire qui, aux termes de l'art. 851, est

autorisé de plein droit à refuser l'expédition, jusqu'à ce qu'il ait été pleinement satisfait des frais et déboursés de la minute de l'acte.

[[Cette précision est exacte.]]

2883. *Que faut-il pour que le jugement qui ordonne le compulsoire puisse être exécuté?*

Il faut qu'il ait été signifié à avoué, à la partie, au dépositaire et à toutes les personnes intéressées dans l'acte, encore bien qu'elles ne fussent pas parties dans la contestation. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 343.)

[[L'opinion de M. CARRÉ, dont la solution donnée à la *Quest.* 2887 n'est que la conséquence, est partagée par M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2. p. 88.

Mais M. DALLOZ, t. 3, p. 701, soutient le système contraire, et il se fonde sur ce que la demande en compulsoire est exclusivement dirigée contre les parties présentes à l'instance principale; que le compulsoire ne peut porter aucun préjudice à ceux qui sont étrangers à la contestation, puisque l'expédition de l'acte n'est pas destinée à être employée contre eux; et que, d'ailleurs, la propriété de l'acte étant commune à l'une des parties de l'instance, qui seule a le droit d'en donner communication, le juge peut, à défaut de son consentement, l'ordonner par voie de compulsoire.

Ces raisons nous paraissent assez concluantes, dans le cas où le compulsoire est ordonné incidemment à une instance, et il faut dire que M. DALLOZ pense qu'il ne peut jamais être introduit par action principale; mais nous, qui avons soutenu le système contraire, *Quest.* 2876, nous devons remarquer que tous les arguments présentés par cet auteur cessent d'être applicables, lorsqu'on veut obtenir un compulsoire contre des parties avec lesquelles on n'a encore engagé aucune contestation; il y a bien alors nécessité de signifier le jugement qui ordonne le compulsoire à toutes les parties qui ont figuré dans l'acte.]]

ART. 849. Les procès-verbaux de compulsoire ou collation seront dressés, et l'expédition ou copie délivrée par le notaire ou dépositaire, à moins que le tribunal qui l'aura ordonnée, n'ait commis un de ses membres, ou tout autre juge du tribunal de première instance, ou un autre notaire.

Tarif, 168.— Loi du 25 vent. an XI, art. 24.—[Notre Dict. gén. de proc., v° *Compulsoire*, n° 25. — Locré, t. 23, p. 125, n° 18.

QUESTIONS TRAITÉES : Est-ce toujours au poursuivant à indiquer le jour et l'heure auxquels le compulsoire aura lieu? *Q.* 2884. — Si le tribunal a commis un juge pour procéder au compulsoire, ce juge doit-il se transporter dans l'étude du notaire, pour vaquer au fait de sa commission? *Q.* 2885 (1).]

2884. *Est-ce toujours au poursuivant à indiquer le jour et l'heure auxquels le compulsoire aura lieu?*

Si le compulsoire doit être fait par un juge, on ne peut le provoquer qu'après avoir obtenu, sur requête qu'on lui présente, une ordonnance dans laquelle il indique le jour et l'heure; mais s'il doit l'être par un notaire, les jour et

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

Le juge commis pour procéder à une vérification peut modifier, par une seconde ordonnance, celle qu'il avait précédemment rendue pour régler la forme de la vérification à faire, s'il s'aperçoit que cette forme est contraire au texte de l'arrêt. Amiens, 9 mai 1821 (*J. Av.*, t. 7, p. 119).]

heure sont indiqués par le poursuivant, dans la sommation qu'il fait au notaire, et à toutes les parties, à fin d'exécution du jugement.

[[Cette distinction est également, et avec raison, présentée par M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 488.]]

2885. *Si le tribunal a commis un juge pour procéder au compulsoire, ce juge doit-il se transporter dans l'étude du notaire, pour vaquer au fait de sa commission?*

L'art. 1040 du Code de procédure veut que tous les actes et procès-verbaux du ministère du juge soient faits au lieu où siége le tribunal, et que le juge soit toujours assisté de son greffier.

Il suit de là, comme le disent M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 527, et M. LORET, dans ses *Eléments de la Science du Notariat*, t. 1, p. 576, que le notaire, possesseur de la minute, doit en faire l'apport au lieu où le juge doit procéder, et que le greffier doit écrire, sous la dictée de celui-ci, le procès-verbal de compulsoire.

Si, au contraire, le commissaire au compulsoire est un notaire, et que le dépositaire de la pièce soit également un notaire, comme ce dernier ne peut être contraint de déplacer ses minutes, si ce n'est pour les produire en justice, le commissaire et les parties doivent se transporter chez lui, par suite de la sommation qui leur est faite après signification du jugement, ainsi que nous l'avons dit sur la précédente question.

[[MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 488, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 453, approuvent la doctrine de M. Carré; elle ne nous paraît pas susceptible de controverse. L'art. 852 peut être invoqué en faveur de notre opinion.]]

ART. 850. Dans tous les cas, les parties pourront assister au procès-verbal, et y insérer tels dires qu'elles aviseront.

Tarif, 92. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 329, n°s 35 à 38.

QUESTIONS TRAITÉES : Si toutes les parties ne se sont pas présentées au procès-verbal, l'opération n'en a-t-elle pas moins lieu? *Q.* 2886. — Si l'une des parties présentes au compulsoire n'a point été partie au jugement qui l'ordonne, et qu'elle fasse insérer au procès-verbal une opposition formelle, peut-on néanmoins passer outre? *Q.* 2887.]

2886. *Si toutes les parties ne se sont pas présentées au procès-verbal, l'opération n'en a-t-elle pas moins lieu?*

Cette absence de quelques-unes des parties ne saurait arrêter l'opération, puisque l'art. 850 n'exige point leur présence, et se borne à dire qu'elles pourront assister au procès-verbal. (*Voy.* RODIER, sur l'art. 3, tit. 12 de l'ordonnance.)

Mais on sent qu'il convient de ne pas procéder à l'heure même fixée par la sommation.

L'ordonnance de 1667, art. 2, accordait une heure de surséance, et bien que le Code n'ait point répété cette disposition, la considération qu'une partie qui ne se présente pas strictement à l'heure indiquée peut comparaître quelques instants après, a fait introduire l'usage de surseoir pendant une heure au moins après l'échéance de l'heure fixée dans la sommation. (*Voy.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 527.)

[[C'est aussi l'avis de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 488, et le nôtre.]]

2887. *Si l'une des parties présentes au compulsoire n'a point été partie au jugement qui l'ordonne, et qu'elle fasse insérer au procès-verbal une opposition formelle, peut-on néanmoins passer outre?*

En cette circonstance, où le jugement qu'il s'agit d'exécuter n'a point été rendu contradictoirement avec l'opposant, nous estimons que son opposition forme obstacle au compulsoire jusqu'à ce qu'il ait été provisoirement prononcé par le juge du référé. (Arg. des art. 483, 845 et 852; PIGEAU, t. 2, p. 343 et 344.)

[[Cette décision est la conséquence de la solution donnée à la *Quest.* 2883.]]

2888. *L'assistance d'un avoué est-elle nécessaire lors du procès-verbal de compulsoire ou collation de pièces?*

Elle est nécessaire, tant de la part du requérant que de ceux qui sont parties au jugement, à cause des dires à faire et du référé qui peut avoir lieu : aussi l'art. 92 du Tarif passe-t-il un droit par vacation.

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 453, adopte une solution moins absolue : il faut distinguer, suivant cet auteur, si le compulsoire a lieu devant un juge, et que la partie ait quelques soutiens à faire, auquel cas l'assistance de l'avoué est indispensable, puisqu'il a seul le droit de représenter les parties en justice, ou si le compulsoire a lieu chez un notaire, devant lequel les parties peuvent bien se faire assister de leurs avoués, ainsi que nous l'avons dit dans notre *Commentaire du Tarif,* t. 2, p. 329, si elles le jugent convenable, mais sans y être astreintes. Cette distinction nous paraît fondée.]]

ART. 851. Si les frais et déboursés de la minute de l'acte sont dus au dépositaire, il pourra refuser expédition tant qu'il ne sera pas payé desdits frais, outre ceux d'expédition.

Tarif, 164. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 330, n° 39.

QUESTIONS TRAITÉES : La disposition de l'art. 851 s'applique-t-elle aux tiers, aussi bien qu'aux parties qui ont passé l'acte? *Q.* 2888 *bis.* — Le notaire ou dépositaire pourrait-il lui-même s'opposer au compulsoire? *Q.* 2889.]

[[**2888** bis. *La disposition de l'art.* 851 *s'applique-t elle aux tiers, aussi bien qu'aux parties qui ont passé l'acte?*

L'affirmative, enseignée par M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 543, ne présente, suivant nous, aucune difficulté, puisque cet article se trouve compris dans les dispositions relatives au compulsoire, lequel suppose toujours une demande élevée par un tiers. Sans doute ce n'est pas à ce dernier à payer les dettes des parties contractantes envers leur notaire : mais il lui restera toujours contre elles une action en répétition, en cas de refus de leur part. L'officier public, qui est en droit de refuser toute expédition aux parties elles-mêmes, jusqu'à ce que ses frais soient payés, ne peut avoir un moindre droit vis-à-vis d'étrangers qui veulent profiter de cet acte.

Il peut se faire que le tiers ne demande qu'un extrait, auquel cas M. Pigeau se pose la question de savoir s'il devra seulement les frais de la partie extraite, ou s'il les devra pour le tout. Cet auteur n'hésite pas à se prononcer dans le dernier sens, et nous ne pensons pas qu'il puisse s'élever de difficultés sérieuses sur ce point. L'acte constitue un tout indivisible dans sa formation, et cela est vrai principalement lorsqu'il s'agit d'évaluer les déboursés qu'il a occasionnés.]]

2889. *Le notaire ou dépositaire pourrait-il lui-même s'opposer au compulsoire?*

Il le pourrait, dans le cas, par exemple, où l'on n'aurait pas appelé quelques-unes des personnes qui figuraient dans l'acte, ou si les frais de la minute et de l'expédition à délivrer n'avaient pas été payés. (*Voy.* art. 851, et PIGEAU, *ubi suprà*, p. 344.)

[[C'est encore une conséquence de la décision émise sous la *Quest.* 2882.]]

ART. 852. Les parties pourront collationner l'expédition ou copie à la minute, dont lecture sera faite par le dépositaire : si elles prétendent qu'elles ne sont pas conformes, il en sera référé, à jour indiqué par le procès-verbal, au président du tribunal, lequel fera la collation; à cet effet, le dépositaire sera tenu d'apporter la minute.

Les frais du procès-verbal, ainsi que ceux du transport du dépositaire, seront avancés par le requérant.

Tarif, 168. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 330, nos 40 à 47.] — Cod. civ., art. 46. — Cod. proc. civ., art. 301, 319.

QUESTIONS TRAITÉES : Lorsqu'il y a pourvoi en référé, à l'occasion de la collation de l'expédition ou copie à la minute, est-ce le président qui doit dresser le procès-verbal de collation? *Q.* 2890.]

2890. *Lorsqu'il y a pourvoi en référé à l'occasion de la collation de l'expédition ou copie à la minute, est-ce le président qui doit dresser le procès-verbal de collation?*

On pourrait croire, par ces mots de l'art. 852, *le président fera la collation*, qu'il doit se borner à comparer l'expédition ou la copie avec la minute, et que le notaire ou dépositaire n'en doit pas moins dresser le procès-verbal, conformément aux premiers mots de l'art. 849, Cod. proc. civ., et de l'art. 24 de la loi du 25 vent. an XI.

Mais nous croyons au contraire, avec M. PIGEAU, t. 2, p. 345, qu'il y a lieu de décider, quoique la difficulté soit élevée par les parties, que le procès-verbal doit être dressé par le juge assisté de son greffier, et non par le notaire, attendu qu'étant inculpé par le reproche de non-conformité de l'expédition à la minute, il n'est pas neutre, et ne peut être présumé impartial.

Cette opinion trouverait, d'ailleurs, un appui dans les derniers termes de l'art. 849, qui n'autorise évidemment le tribunal à nommer un commissaire pour dresser le procès-verbal de compulsoire à la place du notaire, qu'en considération des cas où l'on pourrait craindre quelque partialité ou infidélité de la part du notaire ou autre dépositaire.

[[On peut ajouter que le magistrat devant lequel se fait une opération a seul qualité pour constater qu'elle a réellement et régulièrement eu lieu. C'est aussi l'avis de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 489.]]

ART. 853. Les greffiers et dépositaires des registres publics en délivreront, sans ordonnance de justice, expédition, copie ou extrait, à tous requérants, à la charge de leurs droits, à peine de dépens, dommages et intérêts.

Ordonn. de 1667, tit. 20, art. 18. — Déclarat. de 1736, art. 33. — Loi du 20 sept. 1792, art. 14. — Cod. civ., art. 45. — Cod. proc. civ., art. 154.

ART. 854. Une seconde expédition exécutoire d'un jugement ne sera délivrée à la même partie qu'en vertu d'ordonnance du président du tribunal où il aura été rendu.

Seront observées les formalités prescrites pour la délivrance des secondes grosses des actes devant notaires.

Tarif, 78. — Cod. proc. civ., art. 844 et 845. — *Voy.* le commentaire de l'art. 844. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Compulsoire*, nos 6 et 7. — Devilleneuve, *eod. verb.*, n° 2. — Locré, t. 23, p. 96, n° 9.

QUESTIONS TRAITÉES : Que signifient ces mots de l'art. 853 : *à la charge de leurs droits*? *Q.* 2891. — Les greffiers peuvent-ils délivrer à tout requérant expédition ou copie d'un jugement? *Q.* 2892. — Les refus d'un maire, d'un percepteur, d'un directeur, de délivrer les extraits dont parlent les lois civiles ou électorales, doivent-ils être considérés comme des *actes administratifs* ne pouvant être appréciés que par l'autorité administrative? *Q.* 2892 *bis*.]

DXLI. La loi n'exige point que celui qui veut se procurer expédition, copie ou extrait d'actes consignés dans des registres publics, tels, par exemple, que ceux de l'état civil, lesquels sont ouverts à tout le monde, justifie de son intérêt. L'art. 16, tit. 20, de l'ordonnance de 1667 donnait également une extrême facilité pour cet objet; et l'art. 853 la maintient, parce qu'elle lui est imposée par les besoins journaliers de la vie civile, et qu'on n'a pas à craindre plus d'inconvénients, en autorisant de donner la copie d'un acte consigné dans un registre public, qu'on n'en a redouté en établissant la publicité de ce registre.

Mais il doit en être de la seconde expédition d'un jugement comme de celle d'un acte notarié, lorsque les parties requièrent qu'elle soit revêtue de la forme exécutoire. De là les dispositions de l'art. 854.

2891. *Que signifient ces mots de l'art.* 853, A LA CHARGE DE LEURS DROITS?

Ils signifient [[incontestablement]] que les greffiers et dépositaires de registres publics ne sont tenus d'en délivrer des expéditions, copies ou extraits, que sous la condition qu'on leur paiera sur-le-champ les honoraires qui leur sont dus à raison de ces actes et copies.

[[Un avis du conseil d'Etat du 4 août 1807 (*J. Av.*, t. 7, p. 104; DEVILL., *Collect. Nouv.*, 10.752), décide que toutes les premières expéditions des décisions des autorités administratives de préfectures, de sous-préfectures et de municipalités, doivent être délivrées gratuitement, mais que les secondes ou ultérieures expéditions de ces décisions, et celles des titres, pièces ou renseignements déposés aux archives, doivent être délivrées à raison de 75 cent. le rôle.]]

2892. *Les greffiers peuvent-ils délivrer à tout requérant expédition ou copie d'un jugement?*

Nous l'avons supposé sous la *Quest.* 2861, et M. PIGEAU, t. 2, p. 315, dit aussi d'une manière formelle que la faculté qu'ont les tiers de se faire délivrer, sans qu'il soit besoin de compulsoire, copie ou expédition d'un acte consigné dans les registres publics, s'étend aux expéditions de jugements que les tiers peuvent se faire délivrer, soit pour s'en aider dans leurs procès, en faisant voir que la question a déjà été jugée en leur faveur, soit pour toute autre cause; mais toutefois il ne faut pas perdre de vue, d'après la disposition de l'art. 854, que l'expédition ne peut pas être délivrée sans ordonnance du président, si elle doit porter la formule exécutoire.

[[La Cour de Colmar, le 14 juin 1814 (*J. Av.*, t. 7, p. 117), a jugé confor-

mément à ces principes qu'il suffisait de demander l'expédition ou copie au greffier, qui peut être contraint par corps a les délivrer, et la Cour de cassation, 22 nov. 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 194), a décidé qu'en cas de refus, ce n'est pas à la Cour suprême, mais aux tribunaux ordinaires qu'il faut s'adresser. La marche à suivre dans cette occasion est celle que tracent les art. 839 et 840, suivant l'observation de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 515. Consultez également MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 657, note 3, et FAVARD DE LANGLADE, t. 2, p. 489.]]

[[**2892** bis. *Les refus d'un maire, d'un percepteur, d'un directeur, de délivrer les extraits dont parlent les lois civiles ou électorales, doivent-ils être considérés comme des* ACTES ADMINISTRATIFS, *ne pouvant être appréciés que par l'autorité administrative?*

Déjà dans notre tome 5, p. 451, *Quest.* 2237, nous avons adopté la négative, à l'occasion des extraits de la matrice du rôle, nécessaires à l'huissier du poursuivant; nous avons longuement développé notre opinion, dans nos *Principes de compétence et de juridiction administratives*, t. 1, p. 123, n° 441.]]

ART. 855. Celui qui voudra faire ordonner la rectification d'un acte de l'état civil présentera requête au président du tribunal de première instance.

Tarif, 78. — [Notre Comment. du Tarif. t. 2, p. 332, n° 49.] — Cod. civ., art. 99 et 100.— [Notre Dict. gén. de proc., v° *Actes de l'état civil*, n°s 1 à 8, 11 à 12 *bis*.
QUESTIONS TRAITÉES : Quel est le tribunal qui doit connaître des demandes en rectification ? *Q.* 2893. —Les tribunaux français peuvent-ils connaître de la demande en rectification d'un acte en pays étranger ? *Q.* 2893 *bis* (1).]

DXLII. Ici, où le législateur, après avoir réglé ce qui touche à la simple expédition des actes, s'occupe de ce qui regarde la rectification de ceux de l'état civil, la matière s'agrandit : l'état des personnes, les grands intérêts de la société, tout réclame l'intervention de la justice avec les solennités introduites pour le maintien de l'ordre public. Ainsi les registres, qu'il est du premier devoir du dépositaire de conserver intacts, ne peuvent subir la même rectification qu'avec la plus grande circonspection. Le législateur y pourvoit par l'article ci-dessus, et par les dispositions tutélaires que renferment les suivants.

2893. *Quel est le tribunal qui doit connaître des demandes en rectification?*

Cette question ne présente aucune difficulté, lorsque la demande en rectification est incidente; car l'art. 856 voulant que les parties soient appelées par acte d'avoué à avoué, il est évident que c'est au tribunal saisi de la contestation principale qu'il appartient de connaître de l'incident.

Mais supposons que la demande en rectification soit formée par action principale, nulle disposition, soit du Code civil, soit du Code de procédure, ne dé-

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :
La rectification de l'acte de naissance d'un enfant naturel ne peut être provoquée par celui qui, sans autre intérêt que celui d'affection, annonce l'intention de se charger de la tutelle officieuse de cet enfant, en attendant qu'il puisse l'adopter; Lyon, 11 mars 1842 (*J. Av.*, t. 63, p. 594).]

cide la question que nous avons posée. L'art. 99 du premier porte qu'il faut s'adresser au *tribunal compétent*, et nulle part on ne voit quel sera ce tribunal, soit dans le cas où il n'y a d'autre partie que le demandeur en rectification, soit quand celui-ci appelle les parties intéressées.

Dans le premier cas, nous croyons incontestable que la demande doit être portée devant le tribunal au greffe duquel les registres sont déposés; car aucun défendeur ne se trouvant en cause, il n'y a pas lieu à l'application du principe *actor sequitur forum rei*, et conséquemment il est naturel, dans le silence de la loi, de préférer le tribunal dans le ressort duquel l'acte a été passé, qui a dans son greffe le registre à rectifier, et où se trouvent vraisemblablement les plus proches parents et les autres personnes qu'il pourrait être utile et nécessaire d'entendre avant de statuer sur la rectification.

Dans le second cas, il faut distinguer : 1° Le demandeur en rectification assigne-t-il tout d'abord les parties intéressées? L'on pourrait croire qu'alors il doit se pourvoir devant le tribunal du lieu de leur domicile, parce que sa demande est personnelle.

Tel est le sentiment de M. LEPAGE, dans ses *Questions*, p. 569. Mais si l'on considère, outre les raisons exposées ci-dessus, que les registres de l'état civil ne peuvent être déplacés, et qu'il peut arriver que le juge ait besoin de les voir pour prononcer, on reconnaîtra sans doute que c'est au tribunal au greffe duquel ils sont déposés que le demandeur en vérification doit se pourvoir.

2° Le demandeur a-t-il cru, au contraire, qu'il n'y a lieu à appeler personne, et n'est-il obligé de mettre quelqu'un en cause qu'en vertu du jugement du tribunal qu'il a saisi de sa demande?

Il nous paraît certain qu'en ce cas, ce jugement ne doit pas être considéré, ainsi que M. Lepage, *ubi suprà*, le maintient, comme un jugement de renvoi au tribunal du domicile des parties qu'il devient nécessaire d'intimer. Leur mise en cause exige, dans notre opinion, l'application des principes généraux, d'après lesquels tout incident appartient au tribunal saisi du principal : il faut donc, en cette circonstance, que le demandeur assigne les parties à intimer, et quelque part qu'elles demeurent, devant le tribunal qui a prononcé l'avant faire droit, et, conformément à l'art. 856, il les assigne par exploit contenant ses conclusions en rectification dirigées contre elles.

Tel est aussi l'avis de notre savant collègue, M. TOULLIER, dans son *Droit civil français*, t. 1er, p. 162. Il dit, en termes formels et sans nulle distinction, que la compétence, dans l'espèce qui nous occupe, appartient au tribunal du greffe auquel le registre a été ou doit être déposé.

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 451, pense également que c'est devant le juge du lieu où une erreur a été commise dans un acte de l'état civil que la rectification doit être demandée (1). Dans le cas où l'erreur aurait été commise dans plusieurs actes passés en des arrondissements divers, ce même auteur enseigne qu'il suffit de se pourvoir devant un des tribunaux compétents, lequel ordonnera une rectification générale. Il nous est difficile de concevoir la difficulté soulevée par M. Thomine Desmazures : un acte de naissance, de décès, etc., n'est point passé à la fois devant plusieurs tribunaux, un seul greffe en est dépositaire. Il peut arriver, il est vrai, que l'erreur consignée dans un premier titre soit reproduite dans d'autres, mais alors la rectification, ordonnée en justice, est de droit pour tous.]]

---

(1) [Il devrait en être ainsi pour les demandes en compulsoire intentées par action principale. Voy. *Quest.* 2876.]

[[**2893** bis. *Les tribunaux français peuvent-ils connaître de la demande en rectification d'un acte reçu en pays étranger ?*

En thèse générale, les principes enseignés sous la question précédente semblent exiger que le demandeur, même français, s'adresse aux juges du lieu où l'acte a été reçu ; d'ailleurs nos tribunaux manqueraient presque toujours des éléments nécessaires pour apprécier sa demande.

Mais que devrait-on décider pour les rectifications demandées relativement à un acte de mariage reçu à l'étranger et inscrit sur les registres du royaume, conformément à l'art. 171 du Code civil ? La question ne s'est pas encore présentée, et nous croyons qu'on doit la résoudre au moyen d'une distinction. Y a-t-il lieu de rectifier l'acte en lui-même, et faut-il en modifier le contenu? En ce cas, le demandeur devra s'adresser au tribunal étranger dans le ressort duquel l'acte a été reçu. S'agit-il de rectifier la transcription qui en a été faite en France, et faut-il la modifier sans porter atteinte à l'acte transcrit, mais, au contraire, la rendre conforme à l'acte même? Alors les tribunaux français seront compétents pour autoriser la rectification.]]

ART. 856. Il y sera statué sur rapport, et sur les conclusions du *ministère public* (1). Les juges ordonneront, s'ils l'estiment convenable, que les parties intéressées seront appelées, et que le conseil de famille sera préalablement convoqué.

S'il y a lieu d'appeler les parties intéressées, la demande sera formée par exploit, sans préliminaire de conciliation.

Elle le sera par acte d'avoué, si les parties sont en instance (2).

Tarif, 29 et 71. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 333, n°s 50 à 57.] — Règl. du 30 mars 1808, art. 60. — Cod. civ., art. 54. — Cod. proc. civ., art. 49, 882 et suiv.— [Notre Dict. gén. de proc., v° *Actes de l'état civil*, n°s 8, 9 et 13 à 17. — Devilleneuve, *eod. verb.*, n°s 35 à 37, 39 à 41.— Locré, t. 23, p. 126, n° 19.

QUESTIONS TRAITÉES : Lorsque le demandeur en rectification d'un acte de l'état civil n'a pas de contradicteur, la cause doit-elle se juger dans la chambre du conseil? *Q.* 2893 *ter.* — Quelles sont les parties que la loi entend désigner par ces mots : *parties intéressées ? Q.* 2894. — Si le tribunal ordonne de mettre en cause des parties qu'il croit par erreur avoir intérêt à la rectification, le demandeur peut-il faire appel de sa décision sur ce point? *Q.* 2894 *bis.* — Les parties intéressées peuvent-elles être appelées en vertu d'une ordonnance du président, rendue sur les conclusions du ministère public? *Q.* 2895. — Le demandeur pourrait-il se dispenser de présenter requête, et commencer par assigner les parties intéressées? *Q.* 2895 *bis.* — Le conseil de famille, dans le cas où le tribunal juge convenable de le convoquer, doit-il, comme dans les cas ordinaires, être présidé par le juge de paix? *Q.* 2895 *ter.* — Le procureur du roi peut-il, d'office, requérir une rectification des registres de l'état civil? *Q.* 2896. — Mais si le ministère public ne peut ouvrir l'action en rectification, le tribunal ne peut-il pas du moins ordonner d'office une rectification, en prononçant, contradictoirement avec les parties intéressées sur des intérêts civils, une décision qui suppose la nécessité de la rectification? *Q.* 2897. — A la charge de qui doivent être mis les frais de la demande en rectification? *Q.* 2897 *bis.* — S'il s'agit, non pas de rectifier les registres, mais de réparer une omission, doit-on procéder de la manière prescrite par le Code de procédure? *Q.* 2898. — Est-on obligé de se pourvoir en rectification, lorsqu'il ne s'agit que de faire corriger quelques erreurs, comme omission de prénoms, ou une orthographe différente dans les noms des personnes mentionnées dans l'acte de l'état civil? *Q.* 2899.]

---

(1) Soit qu'il y ait instance ou non (*Exposé des motifs*), c'est-à-dire soit qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas contestation.

(2) [Les individus qui justifient de leur indigence par un certificat du maire de leur commune ne sont assujettis au paiement d'aucuns frais pour les rectifications des actes de l'état civil qui les concernent ; la rectification est requise d'office par le ministère public, et les frais sont à la charge du trésor public.]

[[**2893** ter. *Lorsque le demandeur en rectification d'un acte de l'état civil n'a pas de contradicteur, la cause doit-elle se juger dans la chambre du conseil?*

Oui, dit M. FAVARD DE LANGLADE, t. 4, p. 758; et il donne pour raison de son opinion que, quand le Code de procédure a voulu que les jugements sur requête non communiquée fussent rendus à l'audience, il l'a dit formellement, comme le prouvent les art. 325 et 858.

Telle est aussi notre opinion, d'après les motifs donnés sous la *Quest.* 2623, et qui tempèrent ce que celle de M. Favard de Langlade présente de trop absolu.]]

2894. *Quelles sont les parties que la loi entend désigner par ces mots :* PARTIES INTÉRESSÉES?

Ce sont celles qui auraient intérêt à attaquer ou à défendre l'état de l'individu ou l'acte qu'il rapporte : le père, la mère, le frère, la sœur ou tout autre parent.

En un mot, ce sont ceux qui ont droit de contester les prétentions du demandeur en rectification, et qui, conséquemment, sont ses contradicteurs légitimes. (Voy. *Praticien*, t. 5, p. 11.)

[[Cette explication est incontestable. Ajoutons que, pour ces personnes, il n'y a pas lieu de rechercher si elles ont un intérêt actuel ou seulement futur. Il est évident qu'elles sont intéressées au jugement de la demande soumise au tribunal, dès lors qu'elle a pour objet de faire modifier un acte qui, par l'effet de cette modification, peut bouleverser leurs rapports de parenté.]]

[[**2894** bis. *Si le tribunal ordonne de mettre en cause des parties qu'il croit par erreur avoir intérêt à la rectification, le demandeur peut-il faire appel de sa décision sur ce point?*

Nous ne croyons pas qu'il ait ce droit, car la décision préparatoire du tribunal ne préjuge rien. Elle ne peut porter aucun grief au demandeur en rectification. Elle l'expose seulement à des frais d'assignation envers les parties qu'il lui a été ordonné de mettre en cause; mais ces frais seront supportés par elles, si elles contestent la rectification, et il ne pourra plus se plaindre. Il est vrai que si elles s'en réfèrent à justice, ou acquiescent à la demande, les dépens devront être à la charge du demandeur; mais ce n'est pas là un motif suffisant pour qu'il ne fasse point une mise en cause que la justice a crue nécessaire pour apprécier sa demande, et sans laquelle cette demande aurait été rejetée.]]

2895. *Les parties intéressées peuvent-elles être appelées en vertu d'une ordonnance du président rendue sur les conclusions du ministère public?*

Non sans doute, puisque l'art. 856 dispose que *les juges ordonneront, s'ils l'estiment convenable, que les parties intéressées seront appelées :* c'est donc le tribunal seul qui peut ordonner leur *vocation* en cause; c'est un jugement qu'il faut, et non pas une ordonnance.

Si l'art. 855 veut que la requête soit présentée au président, ce n'est qu'afin qu'il fasse son rapport; et il ne peut rien ordonner auparavant, si ce n'est la communication de la requête au ministère public.

Ainsi, M. DEMIAU, p. 530, a raison de faire observer que M. Commaille s'est

trompé, lorsqu'il a donné, dans son nouveau *Traité de procédure*, t. 5, p. 95, une formule suivant laquelle le président ordonnerait seul, et au bas de la requête, la vocation en cause des plus proches parents, requise par le procureur du roi.

[[Nous croyons aussi que les termes de l'art. 856 ne laissent aucun doute sur ce point.

Toutefois, pour épargner les frais d'un jugement de mise en cause, le demandeur pourrait requérir le président, non-seulement de commettre un rapporteur sur la demande, mais encore d'autoriser à mettre en cause les parties intéressées. Il pourrait exécuter l'ordonnance qui lui accorderait cette autorisation, et il n'aurait pas le droit d'en invoquer l'illégalité ; cela, d'ailleurs, n'empêcherait pas que le tribunal ne pût ordonner par jugement la mise en cause des parties intéressées non indiquées dans l'ordonnance de son président.]]

[[**2895** bis. *Le demandeur pourrait-il se dispenser de présenter requête, et commencer par assigner les parties intéressées ?*

Cette marche semble contraire au texte de l'art. 856, Cod. proc. civ. Cependant elle est plus économique et plus rapide que celle indiquée par le Code. On peut dire aussi que la loi, en traçant la marche à suivre pour le cas où la rectification n'intéresse que le réclamant, avertit les juges d'examiner s'il y a lieu d'assigner des personnes intéressées. Pourquoi donc le demandeur ne pourrait-il pas prévenir cet examen et assigner lui-même directement les personnes, au lieu d'attendre que le tribunal l'ordonne? Aucune raison ne nous semble s'y opposer, et nous pensons qu'il peut agir de la sorte. Mais nous croyons qu'il ne pourra pas se dispenser de présenter requête au président. Cet acte est nécessaire pour que le président nomme un rapporteur. Il faudra donc que, si le demandeur veut assigner des intéressés *de plano*, il présente néanmoins requête au président, et qu'il la fasse copier en tête de son assignation avec l'ordonnance par laquelle ce magistrat y aura répondu.]]

[[**2895** ter. *Le conseil de famille, dans les cas où le tribunal juge convenable de le convoquer, doit-il, comme dans les cas ordinaires, être présidé par le juge de paix?*

M. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 548, trouve une raison de douter, dans cette considération que la réunion du conseil de famille étant une voie d'instruction, une sorte d'enquête ordonnée par le tribunal comme moyen d'éclaircissement, serait beaucoup mieux présidée par un des juges qui a participé à la décision. On conçoit qu'en présence des règles ordinaires en cette matière, et du silence de la loi, dans le cas particulier de l'art. 856, silence qui prouve qu'il n'y a été nullement dérogé, c'est au juge de paix à présider l'assemblée du conseil de famille. Au reste, M. Pigeau fait remarquer lui-même que, lorsque ce conseil est convoqué pour délibérer sur une demande en interdiction, c'est devant ce dernier juge qu'il doit être tenu, aux termes de l'art. 494 du Code civil, bien que les raisons de douter soient les mêmes. Il ne peut donc s'élever aucune difficulté sérieuse sur ce point.]]

2896. *Le procureur du roi peut-il, d'office, requérir une rectification des registres de l'état civil ?*

Non ; les procureurs du roi n'ont la voie d'action que dans le seul intérêt de la loi, et afin de poursuivre simplement les contraventions commises dans la tenue des registres.

Ils ne peuvent donc demander la correction des actes que ces registres renferment, et il n'appartient qu'aux parties intéressées d'introduire une action en rectification de ces actes.

A la vérité, les art. 99, Cod. civ., et 856, Cod. de proc. civ., exigent les conclusions du procureur du roi sur les demandes de cette espèce; mais son ministère ne l'autorise pas à les former lui-même. (Voy. *l'avis du Conseil d'Etat* du 13 niv. an X, *Bull. des lois*, 3e série, t. 7, p. 81, et *J. Av.*, t. 1, p. 234.)

[[La décision de M. Carré est juste, en thèse générale, et lorsqu'il s'agit uniquement de l'intérêt des familles : mais lorsque la rectification des registres intéresse l'ordre public, si, par exemple, il y a lieu de croire que des jeunes gens sont parvenus à l'âge de la conscription, M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 546, enseigne, et nous le croyons avec lui, que le ministère public est en droit de requérir d'office la rectification : c'est d'ailleurs ce qui résulte, dans le cas posé, des circulaires des 22 brum. an XIV et 27 nov. 1821 (1).]]

2897. *Mais si le ministère public ne peut ouvrir l'action en rectification, le tribunal ne peut-il pas du moins ordonner d'office une rectification, en prononçant, contradictoirement avec les parties intéressées sur des intérêts civils, une décision qui suppose la nécessité de la rectification ?*

L'affirmative a été jugée par un arrêt de la Cour de cass. du 19 juillet 1809. (Voy. *Jurisp. du Cod. civ.*, t. 14, p. 389.)

Ce même arrêt suppose que la rectification peut être ordonnée par un tribunal autre que celui dans le ressort duquel l'acte aurait été inscrit.

C'est qu'en effet on se trouve, en ce cas, sous l'application des principes concernant les demandes en rectification formées incidemment à une autre demande.

Nous remarquerons qu'une telle décision n'est point en opposition avec l'avis du conseil d'Etat que nous venons de citer sur la question précédente : autre chose est une action qui serait dirigée par le ministère public sans le concours des parties intéressées; autre chose est un jugement rendu entre ces mêmes parties présentes en cause.

[[Nul doute ne peut s'élever à cet égard.]]

[[**2897** bis. *A la charge de qui doivent être mis les frais de la demande en rectification ?*

Le Code de procédure ne dit rien sur les frais auxquels cette instance peut

---

(1) [Il est difficile de préciser les cas où le ministère public pourra provoquer cette régularisation d'office. Toutefois, ils paraissent se réduire à celui indiqué par M. Pigeau, et aux quatre autres que voici :

Lorsqu'il s'agit : 1° de contraventions commises par les fonctionnaires publics;

2° Du rétablissement en masse d'un grand nombre d'actes; du remplacement de registres perdus ou de registres qui n'auraient pas été tenus (Circulaire du chancelier de France du 4 nov. 1814; Loi du 25 mars 1817, art. 75);

3° D'un individu qui tenterait de se soustraire au service militaire auquel il serait appelé par la loi, soit parce que son acte de naissance n'aurait pas été porté sur les registres, soit parce qu'il renfermerait quelques erreurs (Circulaire du ministre de la justice des 22 brum. an XIV et 27 nov. 1821);

4° D'un crime de suppression d'Etat, après toutefois que la question d'Etat aura été jugée par le tribunal civil (Art. 326, 327, Cod. civ.);

5° D'une rectification concernant un indigent (Décisions des ministres de la justice et des finances du 6 brum. an XI; Loi du 25 mars 1817, art. 75).]

donner lieu, et l'on doit, d'après le principe général posé dans l'art. 130, décider qu'ils doivent être mis à la charge des parties qui provoquent les rectifications ou de celles qui succombent dans l'opposition qu'elles y ont formée. Il faut de plus remarquer qu'il y aura souvent lieu à les compenser à cause du degré de parenté des parties; mais nous ne pensons pas que les tribunaux puissent les mettre à la charge de l'officier de l'état civil dont l'acte devra être rectifié, à moins que la rectification n'ait pour cause une faute lourde de sa part.]]

2898. *S'il s'agit, non pas de rectifier les registres, mais de réparer une omission, doit-on procéder de la manière prescrite par le Code de procédure?*

On doit procéder de cette manière, d'après un avis du conseil d'Etat du 12 brum. an XI (Voy. *Bull. des lois*, 3e série, t. 7, p. 93, et *J. Av.*, t. 1, p. 236), lorsqu'il s'agit de réparer, sur les registres, l'omission d'un acte pour l'inscription duquel on n'aurait fait à l'officier de l'état civil qu'une déclaration tardive après l'écoulement des délais prescrits.

[[En cas d'omission absolue d'actes de naissance, de décès, etc., c'est par des actes de notoriété qu'on y supplée. Ils sont délivrés par le juge de paix et homologués par le tribunal, qui ordonne qu'ils seront transcrits sur les registres de l'état civil. Voy. *Cod. civ.*, art. 70 à 72, 302 et 46. *Voy.* aussi M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 455.]]

2899. *Est-on obligé de se pourvoir en rectification, lorsqu'il ne s'agit que de faire corriger quelques erreurs, comme omission de prénoms, ou une orthographe différente dans les noms des personnes mentionnées dans l'acte de l'état civil?*

Non [[évidemment]], d'après un avis du conseil d'Etat du 17 mars 1808, approuvé le 30 (Voy. *Bull. des lois*, 4e série, t. 8, p. 252, et *J. Av.*, t. 1, p. 239), lequel contient les règles à suivre pour suppléer, en ce cas, aux effets d'un jugement de rectification.

Mais il faut remarquer que si l'on peut, dans les cas prévus par cet avis, se dispenser de former une demande en rectification, il ne faut pas en conclure que cette demande soit interdite dans ces mêmes cas, si les parties intéressées estiment qu'il est de leur intérêt de la former.

ART. 857. Aucune rectification, aucun changement, ne pourront être faits sur l'acte; mais les jugements de rectification seront inscrits sur les registres par l'officier de l'état civil, aussitôt qu'ils lui auront été remis: mention en sera faite en marge de l'acte réformé; et l'acte ne sera plus délivré qu'avec les rectifications ordonnées, à peine de tous dommages-intérêts contre l'officier qui l'aurait délivré.

Déclarat. du 9 avril 1736, art. 30. — Avis du conseil d'Etat du 17 mars 1808. — Cod. civ., art. 49. 79, 101, 2150. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 334, nos 61 et 62. — Locré, t. 23, p. 126, no 19.

QUESTIONS TRAITÉES : Pourrait-on se borner à délivrer l'acte dans son état primitif, mais avec la mention expresse de sa rectification? Ne doit-on pas au contraire délivrer l'acte comme si les rectifications avaient été opérées sur le registre? *Q.* 2900. — Si, contrairement à la décision précédente, on avait fait dans le corps de l'expédition les rectifications et changements résultant du jugement, cette expédition n'en ferait-elle pas moins foi de son contenu en justice, encore bien qu'elle ne contînt pas la mention de la rectification? *Q.* 2901.]

2900. *Pourrait-on se borner à délivrer l'acte dans son état primitif, mais avec la mention expresse de sa rectification? Doit-on au contraire délivrer l'acte comme si les rectifications avaient été opérées sur le registre?*

Voici comment M. Demiau-Crouzilhac, p. 531, dit que l'art. 857 doit être exécuté :

« Il faut que l'officier public inscrive le jugement sur le registre de l'année à laquelle l'acte se rapporte, ou sur le registre courant, s'il n'y avait pas d'espace au premier, et qu'il mentionne en outre ce jugement à la marge, à côté de l'acte rectifié, en indiquant le registre et le folio du registre sur lequel le jugement a été transcrit : cette note marginale est destinée à faciliter la recherche du jugement lors de l'expédition de l'acte.

« Comme il faut que les doubles des registres de l'état civil soient uniformes, l'art. 49, Cod. civ., veut que l'officier public donne avis de cette opération, dans les trois jours où elle a été faite, au procureur du roi, afin qu'il veille à ce qu'elle soit faite de la même manière par le greffier du tribunal, sur les registres qui sont déposés au greffe.

« Dans aucun cas il ne faut se permettre aucune rature, aucune correction sur l'acte même : il faut qu'il subsiste tel qu'il est; mais lorsqu'on l'expédie, cette expédition doit présenter l'acte tel que le tribunal a ordonné qu'il fût. »

Tous les autres commentateurs se sont bornés à répéter la disposition de l'art. 457.

Mais un avis du conseil d'Etat du 4 mars 1808 (Voy. *Bull. des Lois*, t. 8, 4e série, p. 137, et *J. Av.*, t. 1, p. 237), nous paraît évidemment contraire à l'opinion de M.Demiau-Crouzilhac, puisqu'il est ordonné, par cet avis, à tous dépositaires de registres de l'état civil de délivrer aux parties les expéditions de l'acte réformé, avec mention expresse de sa rectification; ce qui exprime formellement qu'aucune rectification, qu'aucun changement ne peuvent être faits dans l'expédition, qui doit être absolument conforme, d'un côté à l'original, et de l'autre au registre, en ce qu'elle porte la mention de sa rectification.

C'est en ce sens que l'on doit entendre ces mots de l'art. 857 : l'acte ne sera délivré qu'avec les rectifications ordonnées.

[[Tel est aussi l'avis de MM. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 579, et Thomine Desmazures, t. 2, p. 459, que nous partageons.]]

2901. *Si, contrairement à la décision précédente, on avait fait, dans le corps de l'expédition, les rectifications et changements résultant du jugement, cette expédition n'en ferait-elle pas moins foi de son contenu en justice, encore bien qu'elle ne contînt pas la mention de la rectification?*

Quoique cette expédition ne fût pas régulière, d'après l'avis du conseil d'Etat cité sur la précédente question, néanmoins, comme elle serait authentique, elle formerait un titre suffisant pour fixer et assurer l'état de l'individu qui la présenterait, et ferait foi en sa faveur, tant qu'elle ne serait pas attaquée comme fausse. (*Voy.* l'arrêt de la Cour de cass. du 19 juill. 1809, cité sur la *Question* 2897.)

Mais cette expédition ne pourrait être déclarée fausse qu'autant qu'elle contiendrait des rectifications ou changements qui ne seraient pas autorisés par le jugement.

[[C'est aussi notre opinion.]]

ART. 858. Dans le cas où il n'y aurait d'autre partie que le demandeur en rectification, et où il croirait avoir à se plaindre du jugement, il pourra, dans les trois mois depuis la date de ce jugement, se pourvoir à la Cour d'appel, en présentant au président une requête, sur laquelle sera indiqué un jour auquel il sera statué, à l'audience, sur les conclusions du ministère public (1).

Tarif, 150. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 331, n°s 58 à 60.] — Cod. proc. civ., art. 443 et suiv. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Actes de l'état civil*, n°s 18 à 22. — Devilleneuve, *eod. verb.*, n° 38.

QUESTIONS TRAITÉES : Si le jugement a été rendu, soit contradictoirement avec les parties intéressées, soit par défaut sur assignation de ces parties, quels seront le délai et les formalités de l'appel? *Q.* 2902. — Les parties qui n'ont pas requis le jugement ou qui n'y ont pas été appelées, peuvent-elles l'attaquer par la voie de l'appel? *Q.* 2902 *bis*. — La partie qui interjette appel du jugement qui a rejeté la demande en rectification, peut-elle, devant la Cour, intimer le procureur général, et plaider contradictoirement avec lui? *Q.* 2902 *ter*. — Doit-on juger en appel, comme en première instance, sur rapport du président? *Q.* 2903.]

2902. *Si le jugement a été rendu, soit contradictoirement avec les parties intéressées, soit par défaut sur assignation de ces parties, quels seront le délai et les formalités de l'appel?*

Il n'est pas besoin de dire que tout jugement qui ordonne ou refuse une rectification est sujet à l'appel, non-seulement parce qu'on ne saurait déterminer une valeur à la demande, mais encore parce que cette demande tient à l'état des personnes.

Telle est d'ailleurs la disposition de l'art. 99, Cod. civ. Quand il n'y aura d'autres parties que le demandeur en rectification, dit l'art. 858, Cod. proc. civ., il pourra, dans les trois mois depuis la date du jugement, se pourvoir à la Cour d'appel, en présentant une requête, sur laquelle sera indiqué un jour auquel il sera statué, à l'audience, sur les conclusions du ministère public.

Il résulte de cette disposition que si des parties intéressées ont été mises en cause, il faut suivre les règles ordinaires; et conséquemment le délai de l'appel, qui est toujours de trois mois, ne commence à courir que du jour de la signification du jugement, et l'appel doit être interjeté par exploit. (*Voy.* art. 443 et 456.)

Mais nous avons entendu soutenir, et telle paraît être l'opinion de M. THOMINE DESMAZURES, p. 312, que si le tribunal avait ordonné de mettre en cause des parties intéressées qui n'auraient pas comparu, le demandeur pourrait se pourvoir dans la forme prescrite par l'art. 858, parce qu'il aurait été seul partie dans l'instance.

Nous ne croyons pas cette opinion fondée; car il est de principe général que ceux qui laissent défaut n'en sont pas moins parties dans l'instance; que le jugement est rendu contre eux ou en leur faveur; qu'ils peuvent l'opposer de même qu'on peut l'exécuter contre eux.

Or, ce principe se trouve répété sur la matière même dont il s'agit ici, dans l'art. 100, Cod. civ., portant que le jugement de rectification ne pourra, dans aucun temps, être opposé aux parties intéressées qui ne l'auraient point requis ou qui *n'y auraient point été appelées*.

Il suffit donc qu'une personne ait été appelée au jugement de rectification pour qu'elle soit considérée comme y ayant été partie, et, par conséquent,

(1) Ainsi le ministère public ne doit point être intimé sur l'appel.

l'art. 858, Cod. proc. civ., cesse, comme nous venons de le dire, d'être applicable en faveur du demandeur : il faut en revenir aux règles générales.

[[Les solutions de M. Carré sont conformes aux principes et nous ne voyons pas que, dans son commentaire sur le Code de procédure, M. Thomine Desmazures ait reproduit son premier avis.]]

[[**2902** bis. *Les parties qui n'ont pas requis le jugement ou qui n'y ont pas été appelées, peuvent-elles l'attaquer par la voie de l'appel?*

La négative de cette question nous paraît résulter de l'art. 100, Cod. civ., d'après lequel un jugement de rectification ne peut, en aucun cas, être opposé aux parties intéressées, qui ne l'ont point requis ou qui n'y ont pas été appelées, d'où la conséquence qu'elles ne peuvent interjeter appel de ce jugement, et que, si elles le font, elles doivent être déclarées non recevables. En effet, on ne peut appeler d'un jugement qu'autant qu'on y a un intérêt ; or, l'appel d'un jugement de rectification est sans intérêt pour les parties dont il s'agit, puisque le résultat le plus favorable de cet appel serait l'infirmation du jugement, et que ce résultat existe pour elles sans appel, l'art. 100 déclarant que le jugement ne pourra jamais leur être opposé. On dira peut-être que l'on peut avoir un intérêt moral à ce que le jugement soit réformé; mais la réponse serait facile, la loi ne reconnaissant d'intérêt capable de motiver une action qu'un intérêt appréciable à prix d'argent.

M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 661, not. 23, a cependant puisé une opinion contraire dans l'art. 54, Cod. civ., ainsi conçu : « Dans tous les cas où un tribu« nal de première instance connaîtra des actes relatifs à l'état civil, les parties « intéressées pourront se pourvoir contre le jugement. » C'est de ces mots : *pourront se pourvoir*, que M. Berriat Saint-Prix a tiré la conséquence que les intéressés avaient le droit d'attaquer le jugement même par appel. Nous croyons que notre estimable collègue a pris avec trop d'étendue le sens de l'art. 54, Cod. civ. Nous avouons que ses termes sont bien généraux; mais quelque généraux que soient les termes d'une loi, on doit les entendre dans le sens qui résulte de la combinaison des autres articles de loi avec lesquels ils ont du rapport. Les articles qui précèdent l'art. 54 sont relatifs aux contraventions et omissions provenant de l'erreur ou de la négligence des officiers chargés de la tenue des registres de l'état civil : l'art. 50 prononce contre eux une amende de 100 fr., ou au-dessous. C'est après ces articles que vient l'art 54, qui porte que les parties intéressées pourront se pourvoir contre le jugement. Nous croyons que cet article n'a voulu dire autre chose, sinon que le jugement serait susceptible d'appel, quoique l'amende ne fût que de 100 fr., ou au-dessous. C'est ainsi, au surplus, que cet article a été expliqué par M. TOULLIER, t. 1er, p. 281, n° 312.

En supposant d'ailleurs que l'art. 54 dût être entendu dans le sens large que présente la généralité de son texte, nous ne penserions pas encore qu'il en résultât que, dans le cas dont nous parlons, les parties eussent le droit d'appeler du jugement de rectification. Cet article dit que *les parties intéressées pourront se pourvoir contre le jugement;* mais cette disposition doit toujours être entendue avec la restriction : *quand il y a lieu de se pourvoir*, et nous croyons avoir expliqué que les parties qui n'ont pas été appelées sont sans intérêt à le faire, puisque, dans aucun temps, le jugement de rectification ne pourra leur être opposé.

M. TOULLIER, t. 1er, p. 305, n'examine pas la question de savoir si les parties ont le droit d'interjeter appel; il dit seulement qu'elles n'ont pas besoin de le faire, le jugement étant à leur égard comme non avenu. Nous pensons que l'on peut aller plus loin, et dire : Si, pour que le jugement soit sans effet à leur

égard, les intéressés n'ont pas besoin de se pourvoir par appel, il ne doit pas leur être permis de le faire; car la loi n'a pas pû autoriser une action inutile et sans effet.

M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 59, partage également cet avis.]]

[[**2902** ter. *La partie qui interjette appel du jugement qui a rejeté la demande en rectification, peut-elle, devant la Cour, intimer le procureur général, et plaider contradictoirement avec lui?*

Non, puisque le ministère public est dans ce cas partie jointe. Cette solution, approuvée par M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 550, et consacrée par la Cour de Bruxelles, 6 frim. an XIV (*J. Av.*, t. 1, p. 237; DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.2.93), n'est d'ailleurs que la conséquence des principes émis sous la *Quest.* 2896.]]

2903. *Doit-on juger en appel, comme en première instance, sur rapport du président?*

Non, puisque l'art. 858 ne l'exige pas. Ainsi, au jour indiqué, l'avocat de l'appelant expose ses griefs, le ministère public conclut et la Cour prononce. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 348.)

[[Cette opinion, qui est reproduite par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 550, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 460, ne peut souffrir aucun doute. Cependant il est difficile d'apercevoir la raison pour laquelle un rapporteur a été jugé nécessaire en première instance et inutile en appel.]]

TITRE VI.

De quelques dispositions relatives à l'envoi en possession des biens d'un absent.

L'art. 112 du Code civil veut que le tribunal de première instance statue, d'après la demande des parties intéressées, sur les moyens de pourvoir à l'administration des biens laissés par une personne présumée absente; d'un autre côté, les héritiers de celle qui est déclarée telle, peuvent, aux termes de l'art. 120, se faire envoyer en possession provisoire de ses biens.

Mais ces deux articles n'ont point déterminé le mode suivant lequel leurs dispositions seraient exécutées; le Code y supplée en ce titre par celles des art. 859 et 860, et complète ainsi toutes les règles de procédure que le Code civil avait tracées lui même, en posant les principes relatifs à l'absence présumée ou déclarée (1).

ART. 859. Dans le cas prévu par l'art. 112, Cod. civ., et pour y faire statuer, il sera présenté requête au président du tribunal. Sur

(1) La loi du 13 janv. 1817 contient les dispositions concernant les moyens de constater le sort des militaires absents (Voy. *Bullet. des lois*, 7e série, t. 4, p. 33, n° 131 du Bullet., et 1350 des lois, et *J. Av.*, t. 1, p. 45). Avant la publication de cette loi, tout militaire a dû être considéré comme vivant, aux termes de la loi du 11 vent. an II; et, par conséquent, les tribunaux ont dû rejeter les demandes en pétition d'hérédité, formées par ceux qui auraient été appelés à recueillir au défaut d'un militaire. (Cassat., 9 mars 1819, *Bullet. offic.*, 1819, p. 85.)

cette requête, à laquelle seront joints les pièces et documents, le président commettra un juge pour faire le rapport au jour indiqué; et ce jugement sera prononcé après avoir entendu le procureur du roi.

Tarif, 78. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 339, nos 1 à 9.] — Cod. civ., art. 114. — Régl du 30 mars 1808, art. 60.— [Notre Dict. gén. de proc., vo *Absence*, nos 1 à 10, 19 à 35.—Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 84 à 90, 93 à 95. — Devilleneuve, *eod. verb.*, no 21.

QUESTIONS TRAITÉES : Quel est le tribunal qui doit statuer, soit afin de pourvoir à l'administration des biens d'un absent, conformément à l'art. 112, Cod. civ., soit sur l'envoi en possession de ses biens, conformément à l'art. 120 du même Code? *Q.* 2904. — En quoi doivent consister les pièces et documents qu'il faut joindre à la requête expositive des demandes formées, dans les cas prévus par les art. 112 et 120, Cod. civ.? *Q.* 2905.—Quelles sont les personnes qui doivent être considérées comme *intéressées* à demander, conformément à l'art. 112, Cod. civ., qu'il soit pourvu à l'administration des biens de l'absent? *Q.* 2906. — Quel est, par rapport au demandeur, l'effet du jugement préalable d'envoi en possession? *Q.* 2906 *bis* (1).]

2904. *Quel est le tribunal qui doit statuer, soit afin de pourvoir à l'administration des biens d'un absent, conformément à l'art.* 112 *du Code civil, soit sur l'envoi en possession de ses biens, conformément à l'art.* 120 *du même Code?*

Suivant M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 533, ce tribunal serait indifféremment ou celui du lieu du dernier domicile qui a précédé la disparition de l'individu présumé ou déclaré absent, ou celui de la situation des biens. Mais nous remarquerons, d'après la discussion qui eut lieu au conseil d'Etat, dans la séance du 4 frim. an X (Voy. *Esprit du Code civil*, par M. LOCRÉ, t. 2, p. 301 et suiv.), qu'il faut s'adresser d'abord au tribunal de première instance du dernier domicile, pour faire juger qu'il y a nécessité de pourvoir aux intérêts de l'absent présumé, et que, d'après ce jugement, chaque tribunal doit pourvoir à l'administration des biens situés dans son ressort. (*Voy.* M. TOULLIER, *Droit civil français*, t. 1, p. 302.)

Quant à la demande d'envoi en possession provisoire, on est généralement d'avis qu'elle doit être portée devant le tribunal du domicile de l'absent; tel est aussi le sentiment de M. PROUDHON, t. 1, p. 156, et de M. TOULLIER, t. 1, p. 329. C'est, dit-il, devant le tribunal qui a déclaré l'absence que l'héritier présomptif doit se présenter pour obtenir l'envoi en possession; or, il est évident que la demande en déclaration d'absence doit être portée devant le tribunal de l'ancien domicile, soit parce qu'elle donne lieu à l'ouverture provisoire de la succession (Voy. *Code civil*, art. 110 et 822); soit parce qu'elle fait naître une question d'Etat purement personnelle (art. 116); soit enfin parce que c'est au lieu de l'ancien domicile que les relations de résidence, les liaisons de parenté et d'alliance, les rapports d'intérêts, d'amitié de l'absent, indiquent qu'on peut le plus sûrement informer sur son sort.

Quoi qu'il en soit, on a élevé des doutes sur la compétence du tribunal du domicile, relativement à l'envoi en possession provisoire. On a pensé que l'action tendant à cet envoi participait de la nature des actions réelles, en ce qu'elle avait des biens pour objet; mais cette opinion doit céder à la considération que l'action dont il s'agit n'est qu'une suite et comme une exécution

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

Les procédures et les règles prescrites en matière d'absence, s'appliquent au cas d'absence antérieure au Code, dont on ne poursuit les effets que postérieurement à la publication de ce Code. Poitiers, 11 pluv. an XIII (*J. Av.*, t. 1, p. 19; DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.2.24); Limoges, 18 août 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 312).]

de la déclaration d'absence, et que d'ailleurs il s'agit, comme dit M. Proudhon, d'une succession provisoire à l'égard de laquelle le dernier domicile du défunt fixe la compétence du juge, d'après la disposition formelle de l'art. 110 du Code civil. (*Voy.* PIGEAU, t. p. 320.)

[[M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 2, adopte cette opinion, qui est aussi la nôtre.

Il serait scandaleux, disait M. Tronchet, lors de la discussion au conseil d'Etat (séance du 4 frim. an X), d'exposer un citoyen qui n'aurait pas quitté sa demeure à voir ses biens séquestrés dans un autre département.]]

2905. *En quoi doivent consister les pièces et documents qu'il faut joindre à la requête expositive des demandes formées dans les cas prévus par les art.* 112 *et* 120 *du Code civil?*

Dans le cas prévu par l'art. 112, on doit joindre à la requête tous actes, quels qu'ils soient, qui tendraient à constater la disparition de l'individu dont on se propose d'établir la présomption d'absence; par exemple, une déclaration de parents ou voisins, un procès-verbal d'apposition ou levée des scellés, un certificat du commissaire de police du quartier. Si l'on ne peut fournir de tels actes, on y supplée par un acte de notoriété, contenant une déclaration de la disparition, donnée par quatre témoins appelés d'office par le juge de paix du lieu du dernier domicile de l'absent. (Arg. de l'art. 135.)

Dans le cas prévu par l'art. 120, ceux, quels qu'ils soient, qui demandent l'envoi en possession, doivent nécessairement joindre à leur requête le jugement qui a déclaré l'absence, et tous les actes qui sont de nature à prouver leur qualité.

Au reste, on sent que si la loi n'a pas indiqué la nature des pièces à produire, c'est parce que les circonstances seules déterminent en général quelles sont celles qui doivent être présentées. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 317 et 322, et DEMIAU-CROUZILHAC, p. 433.)

[[Il ne peut s'élever aucun doute sur ce point. *Voy.* encore notre *Commentaire du Tarif*, t. 2, p. 340, n° 4.]]

2906. *Quelles sont les personnes qui doivent être considérées comme* INTÉRESSÉES *à demander, conformément à l'art.* 112, *Cod. civ., qu'il soit pourvu à l'administration des biens de l'absent?*

D'après MM. LOCRÉ, t. 1, p. 323 et 325; TOULLIER, t. 1, p. 308, et PROUDHON, p. 131, on ne doit entendre, par ces expressions de l'art. 112, *parties intéressées,* que les créanciers ou associés de l'absent, les communistes possédant quelques biens indivis avec lui, le fermier à l'égard du maître, et le maître à l'égard du fermier; en un mot, les tiers qui ont un intérêt né et actuel à exercer une action en concours avec l'absent présumé ou contre lui.

Mais on ne pourrait, suivant les mêmes auteurs, appliquer ces expressions ni aux amis qui, sans être réellement intéressés dans les affaires de l'absent, prendraient un intérêt d'affection sur son sort, ni aux parents qui, en qualité d'héritiers, ne peuvent avoir intérêt, quand il n'y a encore ni droit de successibilité ouvert à leur profit, ni action pour en provoquer l'ouverture.

Nous pensons aussi que des amis, guidés par un simple motif d'affection, ne seraient pas recevables à provoquer directement une mesure concernant l'administration des biens d'un présumé absent.

Ils ne peuvent que stimuler le ministère public par voie de réquisition, afin qu'il agisse dans l'intérêt de cet absent.

Mais nous ne croyons pas que l'action directe soit interdite aux héritiers pré-

somptifs ; ils sont intéressés à agir pour la conservation des biens de cet absent; et c'est à tort, du moins dans notre opinion, que l'on oppose qu'il faut avoir, pour former une action, un intérêt né et actuel, tandis que des successibles n'ont qu'un intérêt éventuel.

Il est de principe, en effet, qu'on peut intenter une action *conservatoire*, quand on n'a qu'un intérêt éventuel, toutes les fois qu'il est démontré que cet intérêt peut se réaliser légalement. Or, les demandes qui seraient formées d'après l'art. 112 constituent des actions vraiment *conservatoires*.

D'ailleurs, ces expressions, *parties intéressées*, n'étant point restreintes par la loi, nous paraissent par cela seul comprendre tous ceux qui ont intérêt à agir, et des droits certains et même éventuels.

Ainsi, non-seulement les créanciers, l'époux commun en biens, les héritiers présomptifs, mais encore les légataires et donataires, enfin toutes les personnes que les auteurs précités regardent eux-mêmes comme étant comprises sous les mêmes expressions, dans l'art. 115, ainsi que tous ceux qui ont un droit soumis à la condition du décès, peuvent, selon nous, provoquer directement des mesures d'administration, de même qu'ils peuvent poursuivre la déclaration d'absence.

Tel nous paraît être aussi l'avis de M. Merlin.

On lit en effet au *Nouveau Répertoire*, au mot *Absent*, t. 1, p. 29, que si, avant le temps déterminé pour demander le partage provisionnel, les *héritiers* craignent que les intérêts de l'absent ne périssent, ils peuvent faire établir un curateur pour y veiller, à la charge de rendre compte, soit à l'absent, en cas de retour, soit à eux, lorsqu'ils jouiront de ses droits.

M. Merlin renvoie aux art. 112, 113, 114 et 122, Cod. civ., sans faire la moindre observation sur le changement qui aurait été apporté à l'ancienne jurisprudence par l'art. 112, s'il fallait décider, comme les auteurs déjà cités, que les héritiers n'auraient pas le droit d'agir dans les termes de cet article.

Il résulte de là que M. Merlin ne paraît pas supposer la réalité de cette innovation.

Au surplus, la Cour de Colmar, par arrêt du 16 therm. an XII (*Voy. Jurisp. du Cod. civ.*, t. 3, p. 18, et *J. Av.*, t. 1, p. 49), a formellement prononcé que les intéressés sont toutes personnes qui ont des droits, soit réels ou actuels, soit *éventuels*, sur les biens de l'absent.

[[M. PIGEAU, t. 2, p. 554, professe aussi cette doctrine, et nous la croyons fondée.

Mais si l'héritier présomptif peut demander l'envoi en possession, ses propres créanciers seraient-ils admis à intenter cette action, en vertu de l'article 1166, Cod. civ.? La Cour de Metz, les 15 fév. 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 48), et 7 août 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 294; DEVILL., *Collect. nouv.*, 6.2.363 ; 7.2. 254), a jugé que c'était là un droit attaché à la personne de l'héritier et dont, par conséquent, nul autre que lui ne pouvait se prévaloir.

On peut, contre cette décision, élever des objections de diverses natures :

D'abord il n'est pas vrai de dire que la faculté de demander l'envoi en possession soit un droit *personnel* proprement dit, puisqu'il passe aux ayants cause de celui qui en est investi par la loi.

En second lieu, puisqu'il s'agit ici d'une sorte de succession anticipée, ne serait-il pas permis d'invoquer par induction l'art. 788, Cod. civ., d'après lequel les créanciers de celui qui renonce à une succession peuvent se faire autoriser à l'accepter en son lieu et place ?

On objecte, il est vrai, dans l'opinion contraire, que la loi ne suppose point en de tels cas la substitution d'étrangers aux héritiers naturels, substitution qui aurait pour effet de morceler les biens et d'en rendre la restitution moins facile dans le cas où l'absent viendrait à reparaître.

Mais, remarquons que ces inconvénients disparaissent devant cette considération, que toute subrogation aux droits du débiteur doit être ordonnée en justice, et que les tribunaux, investis d'un pouvoir discrétionnaire à cet égard, ne l'ordonneront que tout autant qu'ils verront, dans le refus de l'héritier présomptif lui-même, négligence ou mauvaise foi. L'objection signalée prouve donc uniquement que les juges doivent se montrer beaucoup plus circonspects dans ce cas, mais non qu'ils sont privés d'un moyen utile d'action contre un débiteur peu jaloux de remplir ses engagements.]]

[[**2906** bis. *Quel est, par rapport au demandeur, l'effet du jugement préalable d'envoi en possession?*

C'est de l'autoriser à agir au nom du présumé absent : avant l'obtention de ce jugement, il est sans qualité pour le faire, comme l'a décidé la Cour de Limoges, le 15 fév. 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 478; Devill., 1836.2.306).]]

Art. 860. Il sera procédé de même dans le cas où il s'agirait de l'envoi en possession provisoire autorisé par l'art. 120, Cod. civ.

Tarif, 78. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 341, nos 9 à 23. — Notre Dict. gén. de proc., v° *Absence*, nos 31 à 34. — Devilleneuve, *eod. verb.*, n° 15.

Questions traitées : En quel tribunal doit être portée la demande d'envoi en possession provisoire? *Q.* 2907. — L'absence peut-elle être déclarée, et l'envoi en possession peut-il être ordonné par le même jugement? *Q.* 2908. — Avant de prononcer l'envoi en possession définitive, les juges peuvent-ils ordonner une nouvelle enquête, comme avant la déclaration d'absence? *Q.* 2908 *bis*. — Si l'absent reparaît, les frais relatifs au jugement de déclaration d'absence et à l'envoi en possession provisoire doivent-ils être supportés par les héritiers qui ont obtenu cette possession? *Q.* 2908 *ter*.]

2907. *En quel tribunal doit être portée la demande d'envoi en possession provisoire?*

Elle doit l'être devant le tribunal du domicile de l'absent.
[[*Voy.* notre *Quest.* 2904.]]

2908. *L'absence peut-elle être déclarée, et l'envoi en possession peut-il être ordonné par le même jugement?*

L'affirmative a été jugée par arrêt de la Cour de cassation, du 17 nov. 1808 (*Voy.* S., 1809.105, et *J. Av.*, t. 1er, p. 24), contre l'opinion de M. Locré, t. 1, p. 373, attendu que le Code civil, art. 119, a fixé l'intervalle d'un an entre le jugement qui ordonne l'enquête et le jugement de déclaration d'absence; aucune disposition n'exige d'intervalle entre la déclaration et l'envoi en possession provisoire.

[[Il faut cependant avouer que l'art. 120, Cod. civ., paraît contrarier cette décision, puisqu'il porte que les héritiers présomptifs pourront obtenir l'envoi en possession *en vertu du jugement déclaratif d'absence*. Toutefois, cette interprétation serait trop rigoureuse, et nulle raison de nécessité ou d'équité ne vient la justifier : ce que la loi a voulu, c'est que l'envoi en possession ne fût pas ordonné avant la déclaration d'absence. Rien n'empêche donc que ces deux points ne soient réglés par deux chefs distincts d'un même jugement.

Nous avons conclu de là, dans notre *Comm. du Tarif*, t. 2, p. 343, n° 17, que, si la déclaration d'absence et l'envoi en possession sont demandés séparément, la seconde requête devra seule passer en taxe.]]

[[**2908** bis. *Avant de prononcer l'envoi en possession définitive, les juges peuvent-ils ordonner une nouvelle enquête comme avant la déclaration d'absence?*

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 345, résout la question affirmativement, parce que, dit-il, un tribunal peut, en toute matière, avant de prononcer définitivement, ordonner toutes les voies d'instruction qu'il juge convenables.

Nous adoptons complétement cette solution; elle donne une garantie de plus à l'absent et tend à sauvegarder ses intérêts.]]

[[**2908** ter. *Si l'absent reparaît, les frais relatifs au jugement de déclaration d'absence et à l'envoi en possession provisoire doivent-ils être supportés par les héritiers qui ont obtenu cette possession?*

La Cour royale de Colmar a décidé l'affirmative, par arrêt du 4 mars 1815 (*J. Av.*, t. 1, p. 42; DEVILL., *Collect. nouv.*, 5.2.26); nous ne croyons pas devoir donner notre adhésion à cette décision. La déclaration d'absence et l'envoi en possession ont le plus souvent lieu dans l'intérêt de l'absent, dont les biens peuvent se détériorer, faute de maître, d'administrateur ou de gérant.

Il est bien vrai que la loi accorde aux envoyés en possession une portion des revenus des biens de l'absent, mais cet émolument n'est que le dédommagement des soins qu'a dû nécessiter la gestion des biens, et dès lors on ne peut pas en argumenter contre les envoyés en possession, pour leur faire supporter les frais du jugement, comme le décide l'arrêt précité.

Mais lorsque les envoyés en possession veulent, pour leur propre sûreté, faire constater l'état des immeubles de l'absent, cette procédure ayant lieu uniquement dans leur intérêt, les frais doivent être mis à leur charge. (*Voy.* notre *Comm. du Tarif*, t. 2, p. 313, nᵒ 20 et 21.)]]

TITRE VII.

Autorisation de la femme mariée.

D'après plusieurs dispositions du Code civil, la femme a besoin, dans les cas qu'elles indiquent (1), de l'autorisation de son mari, ou, à défaut, de celle de la justice, à l'effet de *poursuivre* ses droits personnels.

Le Code de procédure règle, dans le présent titre, la forme suivant laquelle elle peut provoquer et obtenir l'une ou l'autre.

Il est à remarquer que l'autorisation dont il s'agit n'est point celle qui a lieu lorsque la femme est défenderesse.

Dans ce cas, l'action du demandeur ne peut être subordonnée à la volonté du mari, ni paralysée par elle, si le mari est assigné pour autoriser sa femme, parce qu'il lui est dû connaissance des actions dirigées contre elle, comme à son protecteur naturel. Cette autorisation n'est, au surplus, et en ce qui regarde l'action du tiers demandeur, qu'une simple formalité que la justice supplée, quand le mari la refuse.

L'objet du présent titre n'est pas non plus de régler ce qui a lieu, quand le mari et la femme procèdent conjointement, en demandant; car si, en ce cas,

---

(1) *Voy.* les art. 215 et suiv., 1427, 1435, 1538, 1555 et suiv., et 1576.

l'autorisation n'est pas expresse, elle est au moins tacite, et résulte du concours des deux parties, comme l'avaient remarqué les commentateurs de l'ordonnance de 1667 (1), et comme le prescrit surtout la raison.

Mais ce qu'a voulu et dû régler ce titre, c'est la procédure à faire *quand la femme veut poursuivre ses droits*, et que son mari, interpellé de l'y autoriser, en a fait le refus, ou se trouve dans l'impossibité de le faire pour cause d'absence ou d'interdiction.

Dans le premier cas, l'autorisation devient l'objet d'un débat particulier, et l'on pourrait dire *préalable*, et alors l'autorisation de la justice est nécessaire pour prononcer entre deux volontés contraires, et pour statuer sur l'usage et l'abus que le mari voudrait faire de son autorité; car cette autorité est celle d'un protecteur et non celle d'un despote.

Si le refus d'autorisation est juste, le devoir des magistrats est de l'accueillir; si, au contraire, il ne tend qu'à dépouiller la femme des moyens légitimes de conserver ses droits, la justice doit venir à son secours, et la préserver de l'oppression et de sa ruine, en lui accordant l'autorisation refusée par son mari.

Dans le second cas, c'est au tribunal à examiner et apprécier mûrement les prétentions de la femme, et à concilier avec les intérêts de celle-ci ceux que pourrait avoir le mari à donner ou à refuser son autorisation, s'il lui était possible d'agir par lui-même.

Du reste, cette procédure est non-seulement sommaire, mais exempte d'une publicité que la qualité des parties et la nature de la demande rendraient souvent fâcheuse.

ART. 861. La femme qui voudra se faire autoriser à la poursuite de ses droits, après avoir fait une sommation à son mari, et sur le refus par lui fait, présentera requête au président, qui rendra ordonnance portant permission de citer le mari, à jour indiqué, à la chambre du conseil, pour déduire les causes de son refus.

Tarif, 29 et 78. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 346, n°s 1 à 9.] — Cod. civ., art. 215, 218. — Cod. proc., art. 878. — Règl. du 30 mars 1808, art. 60. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Autorisation de femme mariée*, n°s 59 à 75 et 85 à 91. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n°s 60 à 86, 260 à 263 et 268 à 276. — Devilleneuve, *eod. verb.*, n°s 83 à 90. — Locré, t. 23, p. 151, n° 12.

QUESTIONS TRAITÉES : Quel est le tribunal compétent pour statuer sur l'autorisation ? *Q.* 2909. — La règle précédente s'applique-t-elle au cas où la femme demanderait à être autorisée à suivre une instance d'appel, en sorte qu'elle dût s'adresser à la Cour? *Q.* 2910. — Les tribunaux de commerce sont-ils compétents pour autoriser les femmes mariées actionnées devant eux à ester en jugement? *Q.* 2910 *bis*. — Le juge de paix peut-il autoriser à ester en justice la femme mariée qui comparaît devant lui? *Q.* 2910 *ter*.—Lorsque la femme défenderesse ne provoque pas l'autorisation du mari, est-ce au demandeur à provoquer cette autorisation? *Q.* 2911. — Celui qui assigne une femme mariée sans la faire autoriser peut-il, postérieurement à l'assignation, réparer cette omission? *Q* 2912. — Que faut-il décider, relativement à la nullité lorsque c'est la femme mariée qui assigne elle-même sa partie adverse, soit en première instance, soit en appel, soit en cassation, sans être autorisée de son mari? *Q.* 2912 *bis*. — La femme qui, assignée conjointement avec son mari, constitue avoué, mais sans autorisation de celui-ci ni de justice, peut-elle être autorisée par le tribunal à défendre sur l'assignation, après un jugement de profit de défaut dans lequel elle a été comprise? L'assignation qui lui a été donnée doit-elle être considérée comme nulle, par suite du défaut d'autorisation? *Q.* 2912 *ter*. — Mais si la femme interjetait elle-même, soit un appel, soit un pourvoi en cassation, sans être préalablement munie de l'autorisation de son mari, ou, à défaut, de celle de la justice, devrait-on prononcer la nullité? *Q.* 2913. — La femme mariée est-elle suffisamment autorisée à ester en justice, lorsque l'exploit introductif ou l'acte d'appel ou de pourvoi en cassation est signifié tant à sa requête qu'à celle de son mari, encore bien qu'il ne contienne point mention de l'autorisation? *Q.* 2914. — Lorsqu'une femme est obligée, conjointement avec son mari, et que l'un et l'autre, aussi conjointement assignés, font défaut, le jugement est-il exécutoire contre la femme, ou peut-elle exciper du défaut d'autorisation de son mari qui n'a pas comparu? *Q.* 2914 *bis*.

---

(1) *Voy.* entre autres JOUSSE, sur l'art. 2 du titre 2.

— Une autorisation générale donne-t-elle à la femme le droit d'ester en jugement? *Q.* 2915. — Si la femme est actionnée conjointement avec son mari, pour des droits immobiliers, suffit-il de leur signifier une seule copie de l'exploit d'assignation? *Q.* 2916. — La femme demanderesse en autorisation à l'effet de contracter, doit-elle procéder ainsi qu'il est prescrit par les art. 861 et suiv. du Code de procédure? *Q.* 2917.—La femme ne peut-elle réclamer l'autorisation de justice, qu'après avoir fait constater le refus du mari, dans la forme prescrite par l'art. 861? *Q.* 2917 *bis.* — Par la sommation faite au mari, à l'effet d'autoriser sa femme, celle-ci doit-elle lui accorder un délai pour donner ou refuser cette autorisation? *Q.* 2918. — Si le mari acquiesce à la sommation, comment donne-t-il l'autorisation? *Q.* 2919. — Que doit contenir la requête que la femme présente au président? *Q.* 2920. — Quel est l'objet du jugement à rendre en cas de refus ou de défaut du mari? *Q.* 2921. — L'autorisation donnée à la femme par le tribunal doit-elle être expresse? *Q.* 2921 *bis.* —Les parties ont-elles besoin d'être assistées d'avoués, lors de leur comparution en la chambre du conseil? *Q.* 2922. — Le rapport doit-il être fait, et le jugement doit-il être prononcé en audience publique, en sorte qu'il ne serait procédé en la chambre du conseil qu'à l'audition des parties? *Q.* 2923.]

2909. *Quel est le tribunal compétent pour statuer sur l'autorisation?*

Lorsqu'il s'agit d'autoriser la femme à ester en jugement pour défendre, et qu'elle ne s'est pas pourvue par action principale pour demander cette autorisation, c'est au juge ou au tribunal devant lequel la contestation est portée qu'il appartient d'accorder l'autorisation d'office (*Voy.* Cod. civ., art. 218; arrêt de la Cour de Colmar du 31 juill. 1810, S., 11.2.206, et *J. Av.*, t. 5, p. 30), parce que l'accessoire doit suivre le sort du principal; mais c'est au tribunal d'arrondissement du domicile marital qu'on doit toujours s'adresser, s'il est question d'actes extrajudiciaires ou de poursuites à intenter de la part de la femme, en qualité de demanderesse (*Voy.* Code de procédure, art. 861; Cod. civ., art. 219), même lorsque ces poursuites devraient avoir lieu devant un autre tribunal. (*Voy.* PROUDHON, t. 1, p. 270; TOULLIER, t. 2, p. 31; *Nouv. Répert.*, au mot *Autorisation maritale*, sect. 8, *in fine*, et un arrêt de la Cour de cass. du 21 germ. an XII, et *J. Av.*, t. 5, p. 17.)

[[Il est incontestable que lorsque la femme demande, par voie d'action principale, à être autorisée par son mari, ce dernier, étant défendeur, doit être assigné au tribunal de son domicile. La première hypothèse de M. Carré, celle où l'autorisation serait réclamée dans le Cours d'une instance, peut se présenter sous diverses faces: la femme est *défenderesse*, et sa partie adverse a, dans l'exploit d'assignation, sommé le mari de l'autoriser ou de comparaître avec elle; ici la permission de plaider n'étant plus qu'une formalité sans importance et en quelque sorte de droit, l'action serait valablement portée devant le tribunal saisi. Mais si nous supposons la femme *demanderesse*, et le défaut d'autorisation provenant de sa négligence, il nous semble, dans le cas où le tribunal surseoirait pour lui donner les moyens de réparer cette omission, que ce n'est pas devant lui que la demande doit être formée, mais devant le tribunal du domicile du mari, que les art. 861 et 862, astreignent à se présenter en personne à la Chambre du Conseil, et qui ne peut être tenu de se déplacer ou de nommer un fondé de pouvoir, à une distance peut-être considérable du lieu qu'il habite. (*Voy.* au surplus nos *Quest.* 2912 et 2912 *bis.*)]]

2910. *La règle précédente s'applique-t-elle au cas où la femme demanderait à être autorisée à suivre une instance d'appel, en sorte qu'elle dût s'adresser à la Cour?*

Cette question était résolue pour l'affirmative dans la jurisprudence bretonne, en interprétation de l'art. 449 de la Coutume, qui, comme la loi actuelle, voulait que la femme en puissance de mari ne pût ester en jugement sans son autorisation ou celle de la justice. Pour éviter la nullité et garder les formes, dit Sauvageau, sur DUFAIL, liv. 2, chap. 581, la Cour a coutume de les autoriser sur le refus du mari. Aucune disposition, soit du Code civil, soit du Code de

procédure, n'a statué sur cet objet; mais puisque l'art. 861 prescrit une ordonnance du président, il ne nous paraît pas douteux qu'il n'indique le président du tribunal saisi de l'affaire, et, par conséquent, celui de la Cour, lorsque la cause est en appel.

[[Cette solution est la conséquence de la précédente.]]

[[**2910** bis. *Les tribunaux de commerce sont-ils compétents pour autoriser les femmes mariées actionnées devant eux à ester en jugement?*

Il est incontestable que la femme qui demande, par voie d'action principale, à être autorisée de la justice, doit s'adresser au tribunal civil. Mais il peut arriver qu'elle soit citée devant un tribunal de commerce, à raison de ses engagements, et alors s'élève la question de savoir si la règle générale, d'après laquelle le tribunal saisi est compétent pour accorder l'autorisation, si cette règle, disons-nous, subsiste même dans ce cas, et si les tribunaux de commerce sont investis du même droit? L'affirmative, soutenue par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1er, p. 255; BERRIAT SAINT-PRIX, p. 666, not. 8, et DURANTON, t. 2, p. 426, a été adoptée par les Cours de Colmar, 31 juill. 1810; Bruxelles, 29 août 1811 et Cassat., 17 août 1813 (*J. Av.*, t. 5, p. 28 et 34), sur le motif que l'autorisation, quand la femme est défenderesse, n'est plus qu'une simple formalité, et, qu'enlever aux juges saisis de la contestation le pouvoir de l'ordonner serait multiplier inutilement et prolonger une procédure sans importance : nulle contradiction sérieuse ne s'est élevée contre cette doctrine, que l'on peut considérer aujourd'hui comme définitivement fixée.

Elle n'est pourtant pas sans inconvénients : les arrêts précités supposent toujours que la femme est défenderesse; mais supposons à notre tour qu'elle assigne sans autorisation devant le tribunal de commerce, et que là, dans le cours de l'instance, elle réclame le droit qui lui manque; le vœu de la loi est-il sincèrement rempli? Les garanties qu'elle attend de la prudence des tribunaux civils sont-elles exactement les mêmes? Il est permis d'en douter; d'ailleurs, les formes prescrites par les art. 861 et 862 ne pourront être remplies; le ministère public ne sera pas entendu .... Cette dernière considération, surtout, nous paraît décisive; lorsque l'action a été intentée par la femme, il faut respecter les garanties, les entraves mêmes dont la loi en environne l'exercice, et c'est au tribunal civil qu'il faut s'adresser pour obtenir l'autorisation, lors même que d'autres juges seraient saisis du débat. (*Voy.* d'ailleurs par analogie notre *Quest.* 2909, et un arrêt de Rennes, 24 nov. 1819; DEVILL., *Coll. nouv.*, 6.2.155.)]]

[[**2910** ter. *Le juge de paix peut-il autoriser à ester en justice la femme mariée qui comparaît devant lui?*

Cette question ne peut, ce nous semble, être convenablement résolue qu'au moyen d'une distinction entre les deux principaux ordres de fonctions que remplit ce magistrat.

Si nous considérons le juge de paix comme juge, dans les limites de la compétence qui lui est attribuée par la loi, il nous paraît certain que la solution donnée à la question précédente s'applique également à celle-ci, qu'il est en droit, comme le tribunal de commerce, de permettre à la femme *actionnée devant lui* de défendre à l'action : mais si nous considérons ce magistrat comme *conciliateur*, en vertu des règles tracées par les art. 48 et suiv., Cod. proc. civ., nous tenons aussi pour constant, avec la Cour de Montpellier, 17 juill. 1827 (*J. Av.*, t. 40, p. 54), que ce magistrat commettrait un excès de pouvoir en autorisant la femme à plaider en première instance; que cette permission serait par

conséquent de nul effet, et n'empêcherait pas de demander la nullité des actes postérieurs. Les raisons qui nous paraissent justifier l'attribution d'un droit à des tribunaux exceptionnels ne peuvent être invoquées dans cette hypothèse, puisque le juge de paix, siégeant en bureau de conciliation, n'est point saisi de l'affaire, que d'ailleurs il n'y a point d'urgence, ni de complications possibles; et dès lors les règles générales doivent reprendre leur empire.]]

2911. *Lorsque la femme défenderesse ne provoque pas l'autorisation du mari, est-ce au demandeur à provoquer cette autorisation?*

« L'action du demandeur, comme nous l'avons dit dans les préliminaires de ce titre, d'après le conseiller d'Etat BERLIER (Voy. *Exposé des motifs du présent titre*, édit. de F. Didot, p. 284), ne peut être subordonnée à la volonté du mari ni paralysée par elle. Si le mari est assigné pour autoriser sa femme parce qu'il lui est dû connaissance des actions dirigées contre elle, comme à son protecteur naturel, cette autorisation n'est au surplus, et en ce qui regarde l'action du tiers demandeur, qu'une simple formalité que la justice supplée, quand le mari la refuse. »

On a cru pouvoir soutenir qu'il résultait de ce passage que la femme était obligée de requérir l'autorisation de son mari, et de poursuivre sur cette réquisition, lorsque le demandeur ne l'avait pas appelé lui-même; que ce n'était point à celui-ci à provoquer cette autorisation, puisqu'elle n'est à son égard qu'une simple formalité, et que le refus du mari ne peut paralyser son action.

Un tel maintien est une erreur, en droit, et rien, dans le passage ci-dessus transcrit, ne fournit la moindre induction à son appui.

M. le conseiller d'Etat suppose l'assignation donnée au mari afin d'autorisation par le demandeur lui-même; s'il dit que son action ne peut être paralysée par le refus du mari, c'est par le refus du mari *assigné*, et parce que, sur ce refus, et après l'avoir entendu, le tribunal supplée l'autorisation d'office. (*Voy.* PROUDHON, t. 1, p. 271.)

C'est pourquoi la Cour de cassation a décidé, par plusieurs arrêts, que celui qui assigne une femme mariée doit assigner en même temps son mari pour l'autoriser, et que conséquemment il y avait déchéance du pourvoi en cassation contre le demandeur qui s'était borné à assigner la femme, *en la requérant de se faire autoriser*. (*Voy.* arrêts du 7 oct. 1811, et du 25 mars 1812, S. 12.1. 317, et *J. Av.*, t. 5, p. 60.)

On peut ajouter encore, premièrement, un autre arrêt de la même Cour du 29 mars 1808 (S. t. 8, p. 213, et *J. Av.*, t. 5, p. 38), qui a décidé qu'une femme mariée ne peut être poursuivie ni condamnée par défaut, si elle n'est pas autorisée à ester en jugement, et que c'est à celui qui l'avait actionnée à provoquer lui-même l'autorisation avant d'obtenir condamnation.

C'est qu'en effet la nécessité de l'autorisation est un moyen d'ordre public qui ne saurait être couvert par la négligence que la femme a mise à se faire autoriser.

D'ailleurs tous ceux qui intentent un procès doivent s'assurer de la capacité des personnes qu'ils poursuivent, et veiller à ce que les formalités prescrites pour la validité des jugements soient exactement remplies.

Secondement, l'arrêt de la Cour de Colmar du 31 juill. 1810 (S. 15.2.206, et *J. Av.*, t. 5, p. 30), cité sur la question précédente, qui a jugé que celui qui assigne une femme mariée ne peut se dispenser d'assigner son mari en autorisation, même en justifiant de l'absence momentanée du mari, parce que ce n'est que par suite de la non-comparution du mari ou du refus de sa part que l'autorisation maritale peut être suppléée par l'autorisation de justice.

[[La doctrine et la jurisprudence sont également fixées dans le sens de l'opinion de M. Carré; on peut donc tenir pour certain que ce n'est plus à la femme, dans ce cas, mais au demandeur, à remplir les formes prescrites par l'art. 861, c'est-à-dire à faire sommation au mari, et sur son refus, à présenter requête pour obtenir permission de le citer en la Chambre du Conseil, à moins qu'il n'aime mieux l'assigner conjointement avec la femme pour défendre à son action. (Voy. *infrà*, *Quest.* 2914.)

Il se trouve cependant, dans les explications qui précèdent, quelques expressions que nous croyons devoir relever ici, parce qu'elles peuvent entraîner des conséquences, selon nous, inadmissibles.

La nécessité de l'autorisation, dit M. Carré, est un moyen d'ordre public. Ces derniers mots, évidemment, ne doivent pas être pris dans leur acception propre; la nullité fondée sur le défaut d'autorisation est purement relative, puisqu'elle ne peut être opposée que par la femme, par le mari, ou par leurs héritiers. (Art. 225, Cod. civ.)

Cette nullité est tout au plus empreinte du caractère d'ordre public, en ce sens qu'elle n'est jamais couverte par des défenses au fond, et qu'elle peut être proposée en tout état de cause, même pour la première fois devant la Cour de cassation (arrêt de Cass. du 7 août 1815, Dalloz, t. 7, p. 686).

De cette première observation, nous conclurons que la nullité ne doit pas être d'office prononcée par le juge, ni par conséquent, la déchéance, dans les cas où elle est encourue par l'expiration d'un délai fatal, sans que l'autorisation ait été demandée. L'arrêt de Cassation du 7 oct. 1811, cité par M. Carré, et qui paraît contraire à cette doctrine, a été rendu dans une espèce où la déchéance était *demandée formellement* par le défendeur au pourvoi, ce qui change tout à fait les termes de la question.]]

2912. *Celui qui assigne une femme mariée sans la faire autoriser peut-il, postérieurement à l'assignation, réparer cette omission?*

Nous croyons que s'il s'agit d'une assignation introductive d'instance, à l'égard de laquelle aucun délai fatal ne peut courir, rien ne s'oppose à ce que le demandeur qui n'aurait fait encore aucun acte contre la femme, ne puisse régulariser sa procédure, en assignant postérieurement le mari; mais à l'égard de l'appel et du pourvoi en cassation, qui doivent être formés dans un délai déterminé, à peine de déchéance, les principes exigent, d'après ce que nous venons de dire sur la question précédente, que si la femme intimée ou défenderesse est assignée sans que son mari le soit lui-même, l'exploit doit être déclaré nul. La prudence exige donc que l'on ne manque jamais d'assigner le mari, lorsqu'on exerce contre la femme des poursuites judiciaires.

[[A prendre à la rigueur les expressions de M. Carré et à les rapprocher de celles que nous avons critiquées sous la question précédente, et d'où il résulterait que la nullité puisée dans le défaut d'autorisation est d'ordre public, on pourrait croire : 1° que la déchéance doit être prononcée d'office par le juge, et lors même qu'elle n'est demandée ni par la femme ni par son mari; 2° que la régularisation de la procédure, lorsqu'il s'agit d'un exploit introductif d'instance, n'est admissible que tout autant que le défendeur n'aurait encore fait aucun acte contre la femme; ces conséquences, qu'au surplus M. Carré n'admet pas d'une manière formelle, nous paraîtraient également inexactes. Pour la première, voyez nos observations sur la question précédente. Relativement à la seconde, il importe peu, selon nous, de savoir à quel point la procédure est parvenue, si la nullité ou la déchéance n'est pas opposée par les ayants droits. Le demandeur est toujours libre, qu'il soit en première instance, en appel ou en cassation, de se soustraire aux conséquences éventuelles d'un défaut d'au-

torisation, c'est-à-dire à l'anéantissement de l'instance, s'il est encore dans les délais généraux, comme le fait observer M. Carré ; quant à cette distinction de notre savant maître, elle nous paraît incontestable, et nous l'avons déjà admise, t. 4, p. 136, *Quest.* 1646 *ter*.

Le point de savoir à quelle phase de la procédure se trouvent les parties n'a point du reste plus d'importance, dans le cas où la nullité est opposée, que dans celui où elle ne l'est pas. C'est donc à tort que la Cour de Toulouse, 3 juill. 1841 (*J. Av.*, cah. de janv. 1843), a repoussé la fin de non-recevoir, sur le fondement que le demandeur avait réparé son omission, avant que la femme eût comparu en justice ; c'est là une circonstance indifférente et qui ne modifie en rien la rigueur des principes. Si, dans l'exploit d'assignation, qui est le premier acte de l'instance, le mari n'est point sommé d'autoriser sa femme ou de comparaître avec elle, l'action est mal introduite, la nullité pourra donc être demandée, et, par suite, la déchéance encourue, si les parties se trouvent en appel et que les délais soient expirés. On objecte que, jusqu'à sa comparution, la femme n'a pas, à proprement parler, esté en jugement; mais elle a été mise en demeure de le faire, et cependant l'obstacle pris de son incapacité n'est pas levé; une réassignation plus complète nous paraît donc indispensable pour couvrir le vice de la procédure, et si le demandeur n'est plus dans les délais pour la faire, il ne doit s'en prendre qu'à lui de l'impossibilité d'agir où il se trouve.

Nous devons cependant ajouter que, le 3 nov. 1842 (J. Av., *loco citato*), la même Cour de Toulouse a persisté dans ce que nous croyons pouvoir appeler une grave hérésie.]]

[[**2912** bis. *Que faut-il décider relativement à la nullité, lorsque c'est la femme mariée qui assigne elle-même sa partie adverse, soit en première instance, soit en appel, soit en cassation, sans être autorisée de son mari ?*

Les principes exposés sous les deux questions précédentes nous paraissent résoudre implicitement celle-ci : les juges ne peuvent, comme nous l'avons dit, la déclarer déchue de son action, puisqu'il suffit de son silence et de celui de son conjoint pour valider la procédure.

Le défendeur n'a pas non plus le droit de tirer une fin de non-recevoir de cette omission, car l'art. 225 du Code civil lui refuse celui de se pourvoir en nullité.

Mais comme il lui importe d'éviter une position qui, sans qu'il y ait de sa faute, laisse en suspens la validité de tous les actes postérieurs, il lui est incontestablement permis d'exiger que l'autorisation maritale, ou, à son défaut, celle de la justice, vienne leur rendre l'efficacité. Ce n'est plus à lui, dans ce cas, c'est à la femme à se pourvoir, conformément à l'art. 861, devant le tribunal du domicile du mari. L'assignation donnée n'en sera pas moins valable et produira tous ses effets; seulement, il sera sursis à la continuation de l'instance.

Supposons maintenant que la femme ou le mari se pourvoient contre une procédure viciée par le défaut d'autorisation : ils ont certainement le droit d'en demander la nullité, et, par conséquent, s'ils se trouvent en Cour royale ou en cassation, la déchéance de l'appel ou du pourvoi formé contre la décision qui les condamne, ce qui les prive du droit d'en interjeter un nouveau, lorsque les délais sont expirés. On conçoit, du reste, que la voie du désistement étant beaucoup plus simple, sera toujours employée par la femme, dans ce cas.

Mais si la femme, au lieu de demander la nullité de la procédure, préfère la régulariser en obtenant l'autorisation de son mari ou de la justice, nous pensons qu'il lui sera permis de le faire pendant tout le cours des débats, pourvu

que le jugement ne soit pas encore rendu. Un arrêt de Rennes, 24 nov. 1819 (*J. Av.*, t. 5, p. 95; DEVILL., *Collect. nouv.*, 6.2.155), admet implicitement cette doctrine. Il exige seulement, et c'est avec raison, que la femme se conforme aux dispositions de l'art. 861.]]

[[**2912** ter (1). *La femme qui, assignée conjointement avec son mari, constitue avoué, mais sans autorisation de celui-ci ou de justice, peut-elle être autorisée par le tribunal à défendre sur l'assignation, après un jugement de profit de défaut dans lequel elle a été comprise? L'assignation qui lui a été donnée doit-elle être considérée comme nulle par suite du défaut d'autorisation?*

La circonstance qu'un jugement de jonction dans lequel on a compris la femme ainsi assignée, en même temps que son mari pour l'autoriser, et cela par un exploit qui n'a été argué d'aucun vice de forme, ne nous semble point un motif suffisant pour faire déclarer cette assignation nulle, comme si le tribunal eût déjà préjugé cette nullité, en déclarant la femme défaillante, quoiqu'elle eût constitué avoué. En effet, cette circonstance ne lui fait aucun préjudice, puisque, d'une part, la jonction était nécessaire, à raison du défaut d'autres défendeurs, et que, de l'autre, le jugement de jonction ne prononce rien contre elle, et ne constitue qu'une simple formalité judiciaire, nécessaire pour régulariser la procédure. En tout cas, la nullité demandée n'est prononcée par aucune loi, et l'art. 1030 défend de la suppléer.]]

2913. *Mais si la femme interjetait elle-même, soit un appel, soit un pourvoi en cassation, sans s'être préalablement munie de l'autorisation de son mari, ou, à défaut, de celle de la justice, devrait-on prononcer la nullité?*

Non ; la Cour ne pourrait que surseoir à prononcer, jusqu'à ce que la femme se fût munie de cette autorisation (2).

[[Il est généralement reconnu aujourd'hui que la femme qui n'a été autorisée à plaider qu'en première instance, a besoin d'une nouvelle autorisation pour interjeter appel, sauf les restrictions dont il est parlé sous notre *Question* 307 *bis*; c'est d'ailleurs ce que décide la loi du 18 juill. 1837, relativement aux communes dont l'incapacité présente une analogie véritable avec celle des femmes mariées; mais quelque nécessaire que soit l'accomplissement préalable de cette formalité, la solution de M. Carré ne nous paraît pas moins exacte, conformément à ce que nous avons dit sous les *Quest.* 2911 et 2912.]]

2914. *La femme mariée est-elle suffisamment autorisée à ester en justice, lorsque l'exploit introductif ou l'acte d'appel ou de pourvoi en cassation, est signifié tant à sa requête qu'à celle de son mari, encore bien qu'il ne contienne point mention de l'autorisation?*

Il est certain que, dans le cas où le mari et la femme procèdent conjointe-

---

(1) [Cette question est extraite des cartons de M. Carré. Sa solution n'est nullement en désaccord avec les principes développés par nous sous les numeros précédents, puisqu'elle implique une demande en nullité formée par la femme, mais repoussée sur le motif, que l'action n'est pas véritablement engagée par un jugement de jonction de défaut, ce qui nous paraît conforme à la raison.]

(2) *V.* arrêt de la Cour de cassation du 22 oct. 1807 (S. 8.1.127); arg. d'un autre arrêt de la même Cour, rendu en faveur d'une commune, le 24 brum. an XIV (S. 8.1.127, *J. Av.*, t. 16, p. 356), et nos questions sur l'art. 865.

ment, en demandant, il n'est pas nécessaire d'une autorisation formelle du mari pour que la procédure soit régulière contre la femme.

En ce cas, l'autorisation est tacite, avons-nous dit encore dans les préliminaires de ce titre, d'après M. le conseiller d'Etat BERLIER (Voy. *Exposé des motifs*, édit. de F. Didot, p. 284), et résulte du seul concours des deux parties, comme l'ont remarqué les commentateurs. (Voy. *arrêt de la Cour de cass.* du 10 juil. 1811 (1), SIREY, t. 11, p. 344, *J. Av.*, t. 5, p. 52), et c'est par suite de ces principes que la Cour de Montpellier, par arrêt du 2 janvier 1811 (Voy. SIREY, t. 11, p. 211; *J. Av.*, t. 3, p. 239), a jugé qu'une femme était suffisamment autorisée à ester en jugement, lorsque son mari était lui-même partie requérante dans l'acte d'appel.

Quant au cas où la femme est assignée conjointement avec son mari, nous avons vu qu'il était nécessaire que l'assignation donnée à celui-ci le fût à l'effet d'autoriser. (*Voy.* BERRIAT SAINT-PRIX, p. 664.)

Cela est particulièrement nécessaire, lorsque le mari étant partie dans l'instance, les deux époux ont des intérêts distincts. (Voy. *arrêt de la Cour de Bordeaux* du 25 août 1810, SIREY, t. 11, p. 185; *J. Av.*, t. 5, p. 52.)

[[Notre avis est, sur tous ces points, conforme à celui de M. Carré.]]

[[**2914** bis. *Lorsqu'une femme est obligée conjointement avec son mari, et que l'un et l'autre, aussi conjointement assignés, font défaut, le jugement est-il exécutoire contre la femme, ou peut-elle exciper du défaut d'autorisation de son mari qui n'a pas comparu* (2) ?

Si le mari avait comparu, il serait censé, par cela seul, avoir comparu pour lui et sa femme, et celle-ci serait réputée avoir été liée par le jugement intervenu.

Mais si le mari a fait défaut, il ne peut, dans l'espèce, être présumé avoir autorisé sa femme; et si elle n'a pas été autorisée par justice, le jugement obtenu ne peut être exécuté contre elle. (Art. 215, Cod. civ.)

Ce n'est pas seulement le raisonnement qui établit la vérité de cette proposition; un arrêt de la Cour de cass., du 29 mars 1808 (DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.1.506), décide formellement qu'une femme mariée ne peut être *poursuivie ni condamnée par défaut*, si elle n'a pas été autorisée à ester en justice.

A la vérité, l'arrêt que l'on vient de citer est rendu dans une espèce où la femme était seule en cause, en sorte que l'on pourrait dire, pour soutenir l'opinion contraire, qu'il a suffi que le mari fût assigné conjointement avec sa emme, pour que, sur le défaut de l'un ou de l'autre, le tribunal ait pu prononcer condamnation sans autorisation du mari ou de la justice.

On fera observer, contre cette prétention, que la disposition législative qui exige que la femme soit autorisée pour ester en jugement est d'ordre public; que, par conséquent, elle doit être exécutée dans tous les cas; que si l'autorisation du mari résulte de la procédure commune du mari et de la femme conjointement assignés, il n'y a pas lieu à argumenter de cette décision, dans le cas absolument opposé où ni le mari ni la femme ne comparaissent ni ne procèdent.

---

(1) [En rapportant le même arrêt à sa note *Jurisprudence*, M. Carré ajoutait avec raison :

« On peut conclure de là, *dans le cas de non-comparution du mari*, qu'on ne peut obtenir jugement contre la femme, si elle n'a pas été autorisée par lui ou par la justice. »]

(2) [Cette question est extraite des cartons de M. Carré; sa solution nous paraît incontestable.]

Insisterait-on en faisant ce raisonnement : « La loi autorise le juge à prononcer condamnation lorsque les parties ne comparaissent pas ; ainsi les « effets, quant à la condamnation, sont les mêmes que si elles s'étaient pré- « sentées ; or, si elles n'avaient pas fait défaut, elles eussent procédé conjoin- « tement, et alors l'autorisation n'aurait pas été nécessaire ; donc la femme ne « peut argumenter du défaut d'autorisation, puisque, assignée avec son mari, « elle est aussi censée avoir défendu conjointement avec lui. »

Ce raisonnement serait inexact, car la condamnation par défaut n'est point le résultat d'une présomption de comparution, mais bien la peine attachée au défaut de comparaître. Or, si la femme, comme l'a jugé l'arrêt du 29 mars 1808, ne peut être condamnée par défaut si elle n'a pas été autorisée, on ne voit aucune raison pour que la simple circonstance de l'assignation donnée tout à la fois à elle et à son mari dispense de cette formalité essentielle. Il faudrait au moins que le tribunal la déclarât autorisée de justice.

Si le tribunal n'a point, d'office, prononcé l'autorisation dont il s'agit, ni que la partie adverse ne l'ait point requis de la prononcer, il faut qu'elle assigne tant la femme que le mari à comparaître à la Chambre du conseil du Tribunal civil ; savoir, le mari, pour autoriser sa femme, et la femme, pour s'entendre autoriser de justice au cas que, pour quelque cause que ce fût, celui-ci refusât de donner cette autorisation. Il faut, dans l'exploit d'assignation, énoncer en outre l'objet de la demande que l'on se propose de former.]]

2915. *Une autorisation générale donne-t-elle à la femme le droit d'ester en jugement ?*

Non ; il faut une autorisation spéciale pour chaque procès. (Voy. ***Maleville,*** sur l'art. 223 du Code civil.)

Ainsi, l'autorisation judiciaire donnée à la femme, à l'effet de poursuivre sa séparation de biens, ne peut lui servir pour former toute autre demande. (Paris, 13 mars 1817, SIREY, 18.2.99.)

[[La question résolue ici par M. Carré, l'a été dans le même sens par un arrêt de Bordeaux, 18 mai 1838 (*J. Av.*, t. 57, p. 425), et la combinaison des art. 217, 223, 1538, etc., Cod. civ., ne permet aucun doute à cet égard.

Quant aux applications aussi nombreuses que délicates que la doctrine et la jurisprudence ont été appelées à faire de ce principe, c'est dans les ouvrages écrits sur le Code civil qu'il faut les chercher ; nous ne pourrions en donner ici qu'une analyse très incomplète, et par cela même peu exacte.]]

2916. *Si la femme est actionnée conjointement avec son mari, pour des droits immobiliers, suffit-il de leur signifier une seule copie de l'exploit d'assignation ?*

Non ; il faut donner deux copies de l'assignation, l'une à la femme, l'autre au mari. (*Voy.* arrêt de la Cour de cassation du 7 sept. 1808, *Nouv. Répert.*, au mot *Séparation de biens*, sect. 2, § 5, t. 11, p. 778, n° 10.)

[[*Voy.* le développement de notre opinion, t. 1er, p. 398, *Quest.* 348 *bis.*]]

2917. *La femme demanderesse en autorisation à l'effet de contracter, doit-elle procéder ainsi qu'il est prescrit par les art.* 861 *et suivants du Code de procédure ?*

En ce cas, la femme peut, conformément à l'art. 219 du Code civil, faire citer son mari *directement* devant le tribunal du domicile commun, qui peut donner ou refuser son autorisation, après que le mari a été entendu ou dûment

appelé en la chambre du conseil : ainsi, elle n'a pas besoin de la requête préalable exigée par l'art. 861.

Les dispositions du Code de procédure, au titre que nous expliquons, ne se rapportent, en effet, qu'à la demande d'autorisation pour ester en justice. (*Voy.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 533.)

[[C'est ce qui ressort formellement des premiers mots de l'art. 861 : *La femme qui voudra se faire autoriser à la poursuite de ses droits.*]]

[[**2917** bis. *La femme ne peut-elle réclamer l'autorisation de justice qu'après avoir fait constater le refus du mari, dans la forme prescrite par l'art.* 861 ?

La Cour de Rennes, le 13 fév. 1818 (*J. Av.*, t. 5, p. 87), a jugé que cette condition n'est pas indispensable : que le refus du mari pouvait résulter de circonstances telles, qu'elles rendent inutile et sans objet une sommation particulière ; qu'ainsi, de cela seul qu'elle ne s'était pas conformée à ce préliminaire, une fin de non-recevoir ne s'élevait pas contre son action.

La Cour d'Aix, au contraire, le 9 janv. 1810 (*J. Av.*, t. 5, p. 46), a décidé que les règles tracées par l'art. 861 sont de rigueur; que la femme, avant de s'adresser au juge, doit nécessairement faire une sommation à son mari, et cette dernière doctrine nous paraît seule conforme à la volonté de la loi, qui n'admet le recours devant la justice que lorsque l'accord entre les époux sur l'opportunité de l'autorisation est devenu impossible, ce qui ne peut être judiciairement constaté que de la manière indiquée par le Code de procédure.

Au reste, la Cour de Rennes a reconnu elle-même, le 24 nov. 1819 (*J. Av.*, t. 5, p. 95), que la femme qui réclame l'autorisation judiciaire dans le cours d'une instance est tenue de suivre les formes de l'art. 861, sans distinguer entre la sommation à faire au mari et la requête à adresser au président.]]

2918. *Par la sommation faite au mari, à l'effet d'autoriser sa femme, celle-ci doit-elle lui accorder un délai pour donner ou refuser cette autorisation?*

Suivant M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 539, cette sommation doit contenir un délai; mais la loi ne le détermine pas : d'où nous concluons, avec l'auteur, que ce délai est arbitraire. Nous ferons observer néanmoins qu'il convient de fixer un temps moral de vingt-quatre heures franches, au moins. C'est sur LE SILENCE *ou sur le refus formel du mari*, à l'expiration de ce délai, que la femme peut présenter sa requête au président (voy. *Rapport du tribun Mouricaut*, édit. de F. Didot, p. 313), en y joignant la sommation qu'elle a faite.

[[Nous ne croyons pas qu'il y ait, dans ce cas, un délai de rigueur, puisque la loi n'en a point déterminé : c'est au président, à qui la requête à fin d'autorisation est présentée, de voir s'il a été donné assez de temps au mari pour que son silence doive être considéré comme un refus, ou tout au moins un défaut de consentement : or, un délai de 24 heures, suffisant à peine pour constater matériellement l'autorisation, devrait en général être considéré comme trop restreint, à moins qu'il ne s'agît d'affaires sans importance, ou que les circonstances particulières de la cause n'établissent d'ores et déjà la mauvaise volonté du mari. En cas de refus formel de sa part, on conçoit qu'une fixation est sans importance, et que, fût-il intervenu une heure après la sommation, c'en serait assez pour que la femme eût le droit de se pourvoir en justice. Il est donc impossible de tracer aucune règle à cet égard.]]

2919. *Si le mari acquiesce à la sommation, comment donne-t-il l'autorisation ?*

Il le fait, soit en faisant insérer à la suite de l'exploit la déclaration portant

qu'il accorde l'autorisation demandée; déclaration qu'il signe, ou qui contient la mention qu'il ne sait ou qu'il ne peut signer; mais si la sommation ne lui est pas remise en parlant à sa personne, il donne l'autorisation par acte authentique ou privé, que la femme joint à l'assignation qu'elle donne ensuite pour introduire l'instance relative à la poursuite de ses droits; assignation dans laquelle elle emploie son mari comme étant aux qualités.

Au surplus la marche la plus simple, lorsque le mari consent à autoriser sa femme et sait signer, c'est de le mettre aux qualités dans l'exploit introductif, dont il signe l'original et la copie.

[[Ces divers modes de constatation nous paraissent également exacts. Dans tous les cas, l'autorisation doit être *expresse.*]]

2920. *Que doit contenir la requête que la femme présente au président?*

Elle doit contenir un exposé de l'intérêt que la femme maintient avoir à obtenir l'autorisation nécessaire à l'effet de poursuivre ses droits. (*Voy.* PIGEAU, t. 1, p. 85.)

[[Il n'est pas nécessaire qu'elle contienne constitution d'avoué, conformément à ce qui est dit sous la *Quest.* 2922.]]

2921. *Quel est l'objet du jugement à rendre en cas de refus ou de défaut du mari?*

C'est [[incontestablement]] d'accorder ou de refuser à la femme l'autorisation judiciaire par laquelle on supplée à l'autorisation maritale. (*Voy.* Cod. civ., art. 218 et 219.)

[[**2921** bis. *L'autorisation donnée à la femme par le tribunal doit-elle être expresse?*

Cette autorisation, ayant pour objet de suppléer à celle du mari, doit évidemment être régie par les mêmes principes, et la Cour de Turin, le 20 messidor an XIII (*J. Av.*, t. 5, p. 20; DEVILL., *Coll. nouv.*, 2.2.72), a décidé, avec raison, qu'elle ne peut s'induire de cela seul que le tribunal a entendu les plaidoiries, et statué sur le fond du procès. Nous avons d'ailleurs reconnu que la nullité prise du défaut d'autorisation n'est pas, à proprement parler, d'ordre public, et qu'ainsi le tribunal n'est pas tenu de la prononcer d'office.

Il a été jugé cependant que le jugement qui permet à la femme de convoquer un conseil de famille, pour délibérer sur une demande en interdiction dirigée contre son mari, l'autorise suffisamment à ester en justice, afin de poursuivre cette interdiction; Rouen, 16 flor. an XIII (*J. Av.*, t. 5, p. 23). *Voy.* aussi, pour des espèces analogues, Colmar, 12 déc. 1816, et Limoges, 15 janv. 1823 (*J. Av.*, t. 5, p. 81, et t. 25, p. 19; DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.2.47; 5.2.212). Il ne faut pas sans doute tenir pour valides des autorisations vagues ou générales; mais, lorsque l'intention des magistrats est manifeste et ne peut être révoquée en doute, il nous paraîtrait trop rigoureux, et contraire à l'esprit même de notre législation, d'exiger de leur part des termes sacramentels. La permission de plaider résulte donc de la permission de faire un acte dont le procès est la conséquence immédiate et forcée.]]

2922. *Les parties ont-elles besoin d'être assistées d'avoués, lors de leur comparution en la Chambre du conseil?*

Nous ne pensons pas que le ministère des avoués soit de rigueur en cette procédure.

L'objet principal de la loi est que le mari donne les motifs de son refus, afin que le tribunal en décide; il ne faut pour cela ni écritures ni défenseur, et par conséquent il n'est pas nécessaire de constituer un avoué dans la citation; mais aussi rien n'empêche les parties de faire cette constitution, si elles le jugent à propos.

Il suit de là qu'il n'est pas nécessaire d'une constitution d'avoué, et que le jugement n'est point rédigé sur cette qualité : il est en entier l'ouvrage de la Chambre qui l'a rendu. (*Voy.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 539 et 540.)

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 467, enseigne la même doctrine, qui est aussi la nôtre. (*Voy.* notre *Commentaire du Tarif*, t. 2, p. 348, nos 11 et 12.)

La Cour de Pau, 30 juin 1837 (*J. Av.*, t. 54, p. 106; DEVILL., 1838.2.163), a aussi jugé que le mari pouvait se faire assister d'un avocat pour comparaître en la Chambre du conseil, et cette décision ne nous paraît pas moins exacte que la première. L'intervention d'un tiers, représentant ou organe de la partie, étant facultative, la qualité et la profession de ce tiers sont d'ailleurs indifférentes.]]

2923. *Le rapport doit-il être fait, et le jugement doit-il être prononcé en audience publique, en sorte qu'il ne serait procédé en la Chambre du conseil qu'à l'audition des parties ?*

Cette double question avait été faite par la Cour d'Agen, dans ses observations sur les art. 890 et 891 du projet, lesquels forment aujourd'hui les art. 861 et 862 du Code.

Elle demandait que l'on s'expliquât à ce sujet, attendu que les dispositions projetées semblaient indiquer que tout se ferait en la Chambre du conseil, et faire conséquemment exception aux dispositions qui veulent que tout rapport soit fait à l'audience, et que tout jugement soit prononcé publiquement (articles 111 et 116); on n'a point eu égard à cette demande.

A ce sujet, les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 575, maintiennent que le jugement doit être rendu et prononcé à la Chambre du conseil.

Ils se fondent sur la déclaration faite par M. le conseiller d'Etat Berlier, dans l'*Exposé des motifs* (*Voy.* le préliminaire du présent titre), que la procédure en autorisation sera non-seulement sommaire, mais exempte d'une publicité que la qualité des parties et la nature du débat rendraient toujours fâcheuse.

Ils concluent, en conséquence, avec le même orateur, que ce sera à la Chambre du conseil que le mari sera cité, que les parties seront entendues, et *que* le jugement sera rendu sur les conclusions du ministère public.

Mais M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 667, fait observer que si le relatif *que* était véritablement dans cette phrase de l'orateur du Gouvernement, il faudrait sans contredit adopter la même décision; mais, dit-il, on ne le trouve pas plus que dans l'art. 862. (*Voy.* du moins le *Moniteur* du 16 avril 1806, et l'édition stéréotype d'Herhan, p. 147.) En conséquence, l'auteur pense que la loi et l'*Exposé des motifs* offrant de l'incertitude, il faut se déterminer d'après les principes du droit relatifs à la prononciation des jugements, c'est-à-dire pour la prononciation à l'audience, d'autant, 1° que, dans la cause même, qui exige encore plus que celle relative à l'autorisation une discussion secrète, le jugement ne doit pas moins être prononcé en public (*V.* notre *Quest.* 424, t. 1er, p. 522); 2° qu'en général, le ministère public est entendu à l'audience. (Arg. de l'art. 112.)

Nonobstant ces observations, nous croyons que l'on doit suivre le sentiment des auteurs du *Praticien*, non pas seulement parce que la phrase citée du conseiller d'État Berlier est écrite comme ils la rapportent dans l'édition F. Di-

dot, et au second volume du *Corps du droit français*, par RONDONNEAU, p. 382, mais encore parce que le tribun Mouricaut, dans son rapport, s'exprime dans le même sens. (*V.* même édit. de F. Didot, p. 314.) « L'autorisation, dit-il, sera *immédiatement* donnée ou refusée par un jugement *rendu en la Chambre*, sur les conclusions du ministère public, sans autre procédure ni formalité. » Il nous paraît donc certain que tout doit être fait en la Chambre du conseil, audition des parties, rapport du juge, conclusions du ministère public et jugement.

[[L'opinion de M. Carré a été consacrée par un arrêt de la Cour de Riom du 29 janv. 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 175 et 176).

Celle de M. Berriat Saint-Prix a été admise par un arrêt de Nîmes, 9 janv. 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 184).

On argumente en faveur de ce dernier système de deux autres arrêts de Cassation, 23 août 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 219), et de Nîmes, 13 janv. 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 71), qui décident que l'appel d'un jugement qui a statué sur une demande en autorisation, doit être instruit et jugé en audience publique et non en la Chambre du conseil.

Mais les motifs sur lesquels reposent ces deux décisions, loin de contrarier l'avis de M. Carré, viennent au contraire le confirmer, puisqu'ils sont pris du silence de la loi, dans le cas de l'appel, et aussi de l'inutilité de suivre, dans cette circonstance, une procédure en quelque sorte de conciliation qui, devant les premiers juges, n'a produit aucun effet.

Si nous examinons d'ailleurs quelle a dû être la volonté de la loi, nous trouvons que le jugement d'autorisation est plutôt un acte de tutelle qu'un véritable jugement, puisqu'il ne décide rien, mais qu'il donne seulement à la femme le droit d'agir. Rien ne paraît donc plus conforme aux convenances que de soustraire à l'audience publique toute trace d'un pareil débat. Ces raisons seules nous paraissent déterminantes.

Quant aux arguments de texte, invoqués par M. Carré en faveur de la même opinion, ils sont loin de nous paraître aussi bien fondés; non pas que nous mettions en doute que le jugement doive être rendu en la Chambre du conseil. Les paroles du tribun Mouricaut, en confirmant le sens donné à celle de M. Berlier, dans l'édition officielle de Didot, prouvent effectivement que telle a été l'intention du législateur. Mais de cela seul suit-il que le jugement doit être rendu à huis clos? Nous insistons sur ce point, parce que la conséquence d'une telle opinion serait d'entraîner le huis clos, dans tous les cas où la loi ordonne que le jugement sera rendu en la Chambre du conseil: or, c'est ce qui nous paraît inadmissible. L'art. 88 de la loi du 25 vent. an XII, sur les Droits réunis (DUVERGIER, t. 14, p. 491), veut que toutes contestations en cette matière soient portées devant les tribunaux de première instance, *qui décideront en la Chambre du conseil.* La Cour de cassation, les 28 mars 1825, et 6 fév. 1826 (*J. Av.*, t. 29, p. 187, et t. 31, p. 115), a jugé que cette disposition n'exclut pas nécessairement la publicité de l'audience, laquelle peut et doit même être tenue à bureau ouvert, comme dans la contestation sur les droits d'enregistrement, aux formes desquelles renvoie le même art. 88.

Ainsi, ce n'est pas au seul fait de la séance en la chambre du conseil qu'il faut reconnaître l'intention de la loi d'ordonner le huis clos, c'est surtout au caractère du jugement qu'il s'agit de rendre, au point de savoir s'il statue entre des intérêts contradictoires, s'il est de nature à inférer grief aux parties. En principe, et sauf dérogation expresse de la loi, tout jugement doit nécessairement être rendu en audience publique (*Voy.* notre *Quest.* 487 *bis*, t. 1er, p. 573). Il n'y a d'exception à cette règle que tout autant que la décision réclamée n'a pas, à proprement parler, de contradicteur, qu'elle a seulement pour objet de conférer ou de rendre un droit, dont l'exercice n'est pas en lui-même préju-

diciable aux tiers. Tels sont, en dehors des cas prévus sous ce numéro, les jugements d'homologation; ceux qui ordonnent la rectification des actes de l'état civil, sauf les précisions résultant des *Quest.* 2893 *ter*, 3003 et 3005, auxquelles s'appliquent les règles de solution que nous venons de présenter.]]

Art. 862. Le mari entendu, ou faute par lui de se présenter, il sera rendu, sur les conclusions du ministère public, jugement qui statuera sur la demande de la femme.

Code de proc. civ., art. 861. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 348, nos 10 à 12.]

Art. 863. Dans le cas de l'absence présumée du mari, ou lorsqu'elle aura été déclarée, la femme qui voudra se faire autoriser à la poursuite de ses droits présentera également requête au président du tribunal, qui ordonnera la communication au ministère public et commettra un juge pour faire son rapport à jour indiqué.

Tarif, 78. — Cod. civ., art. 112, 115, 222. — Cod. proc. civ., art. 865.

Art. 864. La femme de l'interdit se fera autoriser en la forme prescrite par l'article précédent; elle joindra à sa requête le jugement d'interdiction.

Tarif, 78.—[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 349, nos 13 à 16.]—Cod. civ,, art. 222, 224.—[Notre Dict. gén. de proc., vo *Autorisation de femme mariée*, nos 76 à 80.—Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 264 à 267. — Devilleneuve, *eod. verb.*, nos 80 et 81. — Locré, t. 23, p. 152, no 13.
Questions traitées : Quelles sont les circonstances dans lesquelles la femme d'un individu déclaré absent peut avoir besoin de l'autorisation judiciaire? *Q.* 2924. — Outre les cas d'absence présumée ou déclarée du mari et d'interdiction de celui-ci, en est-il d'autres dans lesquels la femme doive se conformer aux dispositions de l'art. 863, pour obtenir l'autorisation de justice, sans avoir besoin de faire à son mari la sommation et la citation prescrites par l'art. 861? *Q.* 2925. — L'absence momentanée du mari permet-elle de substituer l'autorisation judiciaire à l'autorisation maritale, conformément aux règles tracées par l'art. 863? *Q.* 2925 *bis*. — Que doit faire la femme pour obtenir l'autorisation de justice, lorsqu'il y a soit présomption ou déclaration d'absence, soit condamnation ou interdiction de son mari? *Q.* 2926.]

DXIII. Tout ce qui a été dit sur les articles précédents, touchant l'autorisation de la femme mariée, en général, se modifie relativement aux femmes des *absents* ou *interdits*; car bien que l'absence du mari ou son interdiction ne détruise point le mariage ni l'autorité maritale, et que la femme ne recouvre point par là son indépendance primitive, ce n'est plus à son mari qu'elle peut demander l'autorisation dont elle a besoin, mais à la justice seule, comme suppléant, soit l'*absent*, qui n'est point là pour donner l'autorisation, soit l'*interdit*, qui n'a plus de volonté aux yeux de la loi.

Telles sont les considérations qui ont dicté les dispositions des deux art. 863 et 864, dans lesquelles on remarquera que tout doit être fait en présence et sur les conclusions du procureur du roi, dont le ministère devient d'autant plus nécessaire dans la circonstance que les qualités de toutes les parties, c'est-à-dire de la femme et du mari, en requièrent l'emploi.

2924. *Quelles sont les circonstances dans lesquelles la femme d'un individu déclaré absent peut avoir besoin de l'autorisation judiciaire?*

Quoique l'art. 863 porte qu'en cas d'absence *déclarée* du mari, la femme ne peut ester en jugement sans autorisation de justice, nous avons entendu sou-

tenir que cet article ne pouvait jamais recevoir son application, d'après l'article 124 du Code civil.

On faisait le raisonnement suivant :

« Si la femme n'opte point pour la continuation de la communauté, elle exerce ses droits, etc., et partage cette communauté : donc, après ce partage, elle n'a pas besoin d'être autorisée de justice. Si, au contraire, elle opte pour la continuation, elle a l'administration même des biens de son mari : elle n'a donc pas besoin d'autorisation pour administrer. »

Sans doute, l'art. 863 ne peut recevoir d'application dans les cas où il s'agit d'actions mobilières de la femme relatives à la communauté partagée ou à l'administration de ses biens ou de ceux de son mari; mais c'est une erreur de conclure de l'art. 124, Cod. civ., qu'en aucun cas l'application de l'art. 863 ne puisse avoir lieu, lorsque l'absence du mari est déclarée; elle est toujours nécessaire, dès que la femme veut aliéner, hypothéquer et former toute autre action immobilière (1).

[[Cela est incontestable.]]

2925. *Outre les cas d'absence présumée ou déclarée du mari, et d'interdiction de celui-ci, en est-il d'autres dans lesquels la femme doive se conformer aux dispositions de l'art.* 863, *pour obtenir l'autorisation de justice, sans avoir besoin de faire à son mari la sommation et la citation prescrites par l'art.* 861?

Dans tous les cas où il y a impossibilité de la part du mari de pouvoir procéder avec sa femme ou de l'autoriser, celle-ci doit se conformer à la disposition de l'art. 863.

Ainsi, lorsqu'il est condamné à une peine afflictive ou infamante (*Voy.* Cod. pén., art. 29; Cod. civ., art. 221, et l'arrêt de la Cour de cass. du 29 mars 1808, cité sur la *Quest.* 2911; *J. A.*, t. 5, p. 38), ou condamné par contumace à une peine emportant mort civile (*Voy.* Cod. civ., art. 28); lorsqu'il est mineur (*Voy.* Cod. civ., art. 224), la femme doit obtenir l'autorisation judiciaire, conformément à l'art. 863, Cod. proc. civ., quoique ce Code, dans cet article et le suivant, n'ait parlé que du cas d'absence présumée ou déclarée du mari, et de celui de son interdiction. (*Voy.* PIGEAU, t. 1, p. 84.)

[[On peut d'ailleurs, à l'appui de cette décision, citer les termes de l'article 221, Cod. civ., d'après lequel, lorsque le mari est frappé d'une condamnation emportant une peine afflictive ou infamante, le juge peut donner l'autorisation sans que le mari ait été entendu ou appelé. (*Voy.* encore l'art. 224, et l'opinion conforme de M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 666, not. 4.)

Le mari pourvu d'un conseil judiciaire n'est pas incapable d'autoriser sa femme, puisque, avec l'assistance de ce conseil, il a le droit de faire tous les actes de la vie civile. L'autorisation devrait donc lui être demandée.

A l'égard du failli, il n'est nullement déchu de ses droits vis à vis de sa femme, et par conséquent du droit de l'autoriser à ester en justice, comme l'a décidé la Cour de Bordeaux, 18 mars 1828 (DALLOZ, 1828.2.125).]]

[[**2925** bis. *L'absence momentanée du mari permet-elle de substituer l'autorisation judiciaire à l'autorisation maritale, conformément aux règles tracées par l'art.* 863?

Cette dernière disposition, ainsi que l'art. 222, Cod. civ., dont elle est le

---

(1) *Voy.*, sur ce titre, nos questions sur les art. 861 et 862, et les *Quest.* 216 et 548.

corollaire, ne prévoit que le cas d'absence déclarée ou présumée, ce qui porte à se demander si, lorsque le mari n'est pas présent au lieu de la résidence de la femme, s'il se trouve momentanément en voyage, etc., il y a également lieu de se pourvoir, sans sommation préalable, par requête au président du tribunal.

La Cour de Colmar, le 31 juill. 1810 (*J. Av.*, t. 5, p. 28), a jugé que l'autorisation maritale était indispensable dans ce cas. La Cour d'Agen, le 31 juill. 1806 (*J. Av.*, *cod. loc.*), a pensé au contraire que les art. 222, Cod. civ., et 863, Cod. proc. civ., sont applicables, non-seulement lorsque le mari est absent, mais encore lorsqu'il ne se trouve pas dans le lieu de la résidence de sa femme.

Nous ne connaissons pas les motifs de cette dernière décision, qui peut-être se justifie par les faits à l'occasion desquels elle est intervenue.

En principe, il nous paraît impossible d'appliquer à une absence momentanée des règles établies pour le cas d'une disparition qui rend sans objet la demande à diriger contre le mari, afin d'autoriser sa femme : le texte comme l'esprit de la loi repoussent cette interprétation qui, en fait, priverait le chef de la société conjugale de l'un de ses droits les plus importants, puisqu'il suffirait d'attendre l'occasion la plus ordinaire pour se livrer ou défendre, sans son consentement, à une action judiciaire.

Tous les auteurs sont unanimes sur ce point : mais il peut arriver que la cause du débat soit urgente ; qu'il y ait péril en la demeure ; que la femme ou la partie adverse qui intente l'action n'ait pas le temps d'attendre le résultat de la sommation préalable : nous pensons alors que le demandeur, en s'adressant directement au tribunal, devrait exposer ces faits dans la requête, avec les preuves à l'appui, sauf aux juges à y avoir tel égard que de droit. L'arrêt précité d'Agen, s'il a été rendu dans ces circonstances, peut donc se justifier, bien que, dans ses termes généraux, il soit, comme nous venons de le dire, contraire aux principes.]]

2926. *Que doit faire la femme pour obtenir l'autorisation de justice, lorsqu'il y a, soit présomption ou déclaration d'absence, soit condamnation ou interdiction de son mari?*

Dans le premier cas, elle doit joindre à sa requête un acte de notoriété qui atteste la disparition de son mari ; dans le second, le jugement de déclaration ; dans les troisième et quatrième, celui qui a prononcé la condamnation ou l'interdiction. (*Voy.* PIGEAU, t. 1, p. 86.)

[[Il ne peut s'élever aucun doute sur l'exactitude de ces diverses décisions.]]

TITRE VIII.

Des Séparations de biens.

Le Code civil offre, dans la séparation de biens, un moyen à la femme mariée sous le régime de la communauté de sauver sa dot et ses reprises, en cas de désordre des affaires du mari.

Cette action, très favorable sans doute, quand la bonne foi y préside, est l'une de celles où la fraude s'est souvent introduite jusqu'au scandale.

Plus d'une fois elle a appelé la sollicitude du législateur, et l'on peut voir

dans la discussion du Code civil les efforts qui furent faits pour apporter remède à un mal que l'expérience n'a que trop signalé (1).

C'est pour y parvenir le plus sûrement possible qu'il avait été proposé d'astreindre la femme qui voudrait obtenir la séparation à appeler tous les créanciers du mari, pour y consentir ou s'y opposer.

Cette proposition, qui tendait à donner à l'instance en séparation de biens le caractère d'une procédure pleinement contradictoire avec tous les intéressés, eût sans doute atteint son but, et eût peut-être été admise, malgré les frais considérables qui en eussent résulté, si l'exécution n'en eût été reconnue impossible.

Comment, en effet, supposer qu'une femme connaisse tous les créanciers de son mari, surtout si celui-ci veut lui en dérober la connaissance? et comment lui imposer une obligation que, le plus souvent, elle ne pourrait remplir?

La prévoyance contre la fraude eût été portée trop loin, si, pour empêcher l'abus, elle fût allée jusqu'à anéantir l'usage légitime ou l'existence du droit accordé par la loi.

On écarta donc la proposition dont nous parlons, mais en reconnaissant la nécessité de prendre toutes les précautions propres à prévenir la collusion et la fraude au préjudice des tiers, et surtout des créanciers du mari et de la communauté.

Déjà le Code civil, art. 1443 et suivants, avait, dans cette vue, posé les bases de la procédure à suivre pour parvenir à la séparation, et indiqué les principales formalités à remplir, à peine de nullité; mais ce n'était que dans le Code de procédure que ces dispositions pouvaient recevoir leur développement.

Ce développement se trouve dans le présent titre, dont les dispositions ne sont pas, comme semblaient l'être celles des lois antérieures, prescrites uniquement pour les femmes des négociants, marchands et banquiers, mais applicables à toute demande, instance et jugement de séparation, abstraction faite de la qualité de la partie, attendu, d'une part, que l'action dont il s'agit étant de droit commun, et un bénéfice introduit en faveur de toutes femmes dont les droits sont en péril, doit être soumise à des règles communes; de l'autre, qu'en toute circonstance, on doit prévenir et réprimer la fraude contre les intérêts des tiers.

Ainsi, le Code de procédure environne les demandes en séparation de biens, et les jugements qui en sont la suite, de la plus grande publicité, et prévoit tout ce qui est nécessaire, soit pour que les créanciers puissent intervenir dans l'instance et s'opposer à la séparation, soit pour qu'ils puissent du moins se pourvoir par tierce opposition contre les jugements obtenus par la femme.

En résumé, on peut dire, sur l'ensemble des dispositions du présent titre, qu'elles ont toutes été portées dans la vue de concilier le double intérêt et des femmes et des tiers, de ne point priver les premières d'un droit qu'elles tiennent de leur position et de la loi, mais en même temps d'obvier à des abus trop fréquents autrefois, et dont tant de personnes avaient été les victimes.

« L'organisation de cette partie, a dit l'orateur du gouvernement, peut être considérée comme toute nouvelle, et comme une grande amélioration dans nos lois sur cette matière. »

ART. 865. Aucune demande en séparation de biens ne pourra être formée sans une autorisation préalable, que le président du tribunal devra donner sur la requête qui lui sera présentée à cet effet.

---

(1) *Voy.* les procès-verbaux du conseil d'Etat, séance du 13 vend. an XII.

Pourra néanmoins le président, avant de donner l'autorisation, faire les observations qui lui paraîtront convenables.

Tarif, 78. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 351, nos 1 à 4.] — Cod. civ., art. 311, 1443 et suiv. — Cod. comm., art. 65. — Cod. proc. civ., art. 49, nos 7, 689. — [Notre Dict. gén. de proc., vis *Séparation de biens*, nos 1 à 4, 11 à 43; *Tribunaux*, nos 383, 385. — Devilleneuve, v° *Séparation de biens*, nos 12 à 14 *bis*. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 43 à 45, 57 à 61. — Locré, t. 23, p. 97, n° 19; p. 129, n° 24; p. 152, n° 14, et p. 154, n° 15.

QUESTIONS TRAITÉES: Quel est le tribunal compétent pour statuer sur la demande en séparation de biens? *Q.* 2927. — La demande doit-elle être précédée de l'essai de conciliation? *Q.* 2928. — La demande en séparation de biens est-elle soumise à la communication au ministère public? *Q.* 2928 *bis*. — La femme est-elle tenue de présenter en personne la requête à l'effet d'être autorisée à former sa demande en séparation de biens? *Q.* 2928 *ter*. — Que doit contenir la requête par laquelle la femme demande l'autorisation du président? *Q.* 2929. — Le président peut-il refuser l'autorisation demandée? *Q.* 2930. — L'autorisation nécessaire à la femme pour porter sa demande devant le tribunal l'est-elle également pour qu'elle puisse se pourvoir en appel contre le jugement qui aurait rejeté cette demande? *Q.* 2931. — Lorsque la femme est mineure, le tribunal, après lui avoir accordé son autorisation, ne doit-il pas rendre une ordonnance par laquelle il nommerait un rapporteur, afin que, sur le rapport et l'audition du ministère public, le tribunal nomme un curateur à la femme? *Q.* 2932. — L'abandon par la femme du domicile marital la rend-il non recevable dans la demande en séparation de biens qu'elle intenterait postérieurement? *Q.* 2932 *bis*. — Est-il dû provision à la femme demanderesse en séparation de biens? *Q.* 2932 *ter*. — La femme peut-elle se désister de la demande en séparation sans acceptation du désistement de la part du mari? Le mari contre lequel la femme a obtenu un jugement de séparation de biens peut-il se désister de l'appel par lui interjeté? *Q.* 2932 *quater* (1).]

2927. *Quel est le tribunal compétent pour statuer sur la demande en séparation de biens?*

C'est le tribunal du domicile du mari, puisque la femme elle-même ne peut avoir d'autre domicile, et que, d'ailleurs, l'action est personnelle. (*Voy.* Cod. civ., art. 108 et 214; Cod. proc. civ., art. 59, et *Nouv. Répert.*, au mot *Séparation de biens*, sect. 2, § 3.)

[[On peut dire encore, à l'appui de cette solution évidente, 1° que la demande en séparation tendant ici à la dissolution de la société conjugale, cette action doit être portée devant le tribunal du domicile du mari défendeur, tribunal qui est aussi celui *du lieu où cette société est établie* (art. 59, Cod. proc. civ.); 2° que s'il a été si libéralement pourvu à la sécurité de la femme séparée de biens, le législateur lui a imposé entre autres conditions celle de faire, suivant l'art. 872, Cod. proc. civ., publier la sentence qui aurait prononcé la séparation dans les tribunaux de première instance et de commerce du domicile du mari; et c'est, en effet, ce que décide un arrêt de la Cour de cassation du 18 nov. 1835 (*J. Av.*, t. 48, p. 705). On peut consulter, dans le même sens, M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 470.

On a même jugé implicitement que la qualité du mari, fût-il étranger, n'influe en rien sur cette compétence exclusive du tribunal de son domicile; c'est toujours devant ce dernier que doit être portée la demande en séparation de biens. (Arrêt de Paris, 30 mai 1826; *J. Av.*, t. 32, p. 153.)]]

2928. *La demande doit-elle être précédée de l'essai de conciliation?*

Non, puisque la séparation de biens ne peut avoir lieu par consentement mutuel. (*Voy.* Cod. civ., art. 1443, et Cod. proc. civ., art. 49, n° 7.)

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

Un tribunal saisi d'une demande en autorisation de la part d'une femme ne peut refuser cette autorisation, par des motifs puisés dans le mérite des moyens de séparation qu'elle aurait surabondamment énoncés dans sa requête; Rennes, 24 août 1814 (S. 4.2. 309; *J. Av.*, t. 21, p. 103).]

[[Cette solution ne peut être contestée. *Voy.* notre *Quest.* 218 *ter*, et M. PIGEAU, v° *Séparation de biens*, IV, n° 2, qui s'appuie sur les mêmes motifs.]]

[[**2928** bis. *La demande en séparation de biens est-elle soumise à la communication au ministère public?*

L'affirmative, sur cette question, nous semble devoir être soutenue, nonobstant l'opinion contraire de MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 40, not. 12, n° 2, et MONGALVY, *Traité de l'arbitrage*, n° 187. Ce qui a sans doute engagé ces auteurs, et M. Carré lui-même (*Quest.* 3262), à professer la négative, sans même paraître croire qu'on puisse contester leur avis, c'est qu'au titre des Séparations de corps, l'art. 879, Cod. proc. civ., dit en termes formels que le jugement sera rendu sur les conclusions du ministère public, et qu'on ne trouve pas de semblable disposition au titre des Séparations de biens. Mais, à notre sens, la seule conséquence que l'on puisse raisonnablement tirer de cette différence, c'est que l'art. 879 était inutile, et que le législateur aurait pu, et peut-être dû ne pas faire lui-même à ce cas particulier l'application du principe général qu'il avait posé dans l'art. 83. En effet, soit que la femme demande sa séparation de biens, soit qu'elle plaide en séparation de corps, ce n'est pas sans l'autorisation de son mari qu'elle procède, et la loi veut qu'elle obtienne préalablement l'autorisation de la justice : donc elle est, dès lors, et dans l'un comme dans l'autre cas, soumise au principe de l'art. 83, Cod. proc. civ. Aussi MM. PIGEAU, v° *Séparation de biens*, VII, *Du Jugement*, n° 3, et DELAPORTE, t. 1, p. 97, alinéa 1er, disent-ils qu'il est évident que *toutes les fois qu'une femme mariée plaide contre son mari lui-même, les conclusions du magistrat sont nécessaires.*

Enfin, une dernière considération, puissante qui se tire du même art. 83, c'est que les séparations entre époux quelles qu'elles soient intéressent également *l'ordre public*, et qu'il suffit que la communication de l'une soit expressément exigée pour que l'autre y doive être soumise.

Mais il nous paraît néanmoins que la nullité du défaut de communication n'est que relative, puisqu'elle n'existe qu'autant que le jugement a été rendu contre la partie pour qui la communication était ordonnée; que cette partie a donc seule le droit de s'en plaindre, et que, si elle ne le fait pas, la nullité est couverte et ne peut être ni proposée par le ministère public, ni suppléée d'office par les juges. Limoges, 31 juill. 1811 (*J. Av.*, t. 16, p. 769).]]

[[**2928** ter. *La femme est-elle tenue de présenter en personne la requête à l'effet d'être autorisée à former la demande en séparation?*

Non, puisque l'art. 865 ne l'exige point, et qu'il n'est pas permis de créer des formalités là où la loi ne les a pas prescrites. L'objection que l'on prétendrait tirer de ce que, si la femme ne présentait pas la requête *en personne*, il serait impossible que le président lui fît les observations qu'il jugerait convenables, est sans fondement légal ; car ces observations ne sont pas ici de rigueur, comme dans certains cas (art. 237, Cod. civ.). La loi a voulu, au contraire, qu'elles fussent purement facultatives : elle laisse le juge entièrement libre de décider s'il y a lieu ou non d'en adresser au demandeur. Les circonstances régissent donc souverainement les motifs de sa décision. *Voy.* la *Quest.* 2930.

Cette doctrine se trouve confirmée par un arrêt de Bruxelles du 7 mars 1832 (*Journ.* de Bruxelles, t. 1er de 1832, p. 215).]]

2929. *Que doit contenir la requête par laquelle la femme demande l'autorisation du président ?*

Elle doit contenir les moyens de la demande en séparation pour laquelle la femme requiert l'autorisation : il n'est pas indispensable qu'elle y déclare sa renonciation à la communauté. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 491 et 492; *Praticien*, t. 5, p. 136, et nos questions sur l'art. 874.)

[[Elle peut aussi, selon M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 472, y détailler ses droits et reprises, et conclure à ce que son mari soit tenu de lui en tenir compte, parce que, si la demande se trouve en état à cet égard, ils pourront lui être adjugés par le jugement qui prononcera sa séparation, et les frais seront ainsi moins considérables.

Voyez, au surplus, relativement à l'étendue du pouvoir facultatif accordé à la femme, ce que nous disons *infrà*, *Quest.* 2963.]]

2930. *Le président peut-il refuser l'autorisation demandée ?*

Nous ne le pensons pas, parce que la loi est conçue en termes impératifs : *le président devra.* Mais s'il ne peut refuser l'autorisation dont il s'agit, il a la faculté de faire à la femme les observations qui lui paraîtraient convenables. Nous disons qu'*il a la faculté* de faire ces observations, et, par conséquent, il n'est pas nécessaire qu'il dresse un procès-verbal analogue à ceux qui étaient exigés en matière de divorce par les art. 237 et 239 du Code civil. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 493; DELAPORTE, t. 2, p. 404, et *Praticien*, t. 5, p. 134.)

[[*Voy.* nos questions sur l'art. 1040.]]

2931. *L'autorisation nécessaire à la femme pour porter sa demande devant le tribunal, l'est-elle également pour qu'elle puisse se pourvoir en appel contre le jugement qui aurait rejeté cette demande ?*

Il faudrait, comme nous l'avons dit par rapport à l'autorisation maritale (Voy. *Quest.* 2913), surseoir jusqu'à ce que la femme eût régularisé sa procédure, si l'on considérait l'autorisation à donner par le président, en matière de séparation, comme remplaçant l'autorisation que la justice accorde dans toutes les circonstances où le mari ne peut ou ne veut accorder la sienne.

Mais nous ne pensons pas que l'on doive envisager sous ce rapport l'autorisation à donner conformément à l'art. 865. Ce n'est, à notre avis, qu'une simple formalité que la loi n'exige qu'afin que le président puisse faire à la femme les observations qu'il juge convenables.

C'est pourquoi ce magistrat est *tenu* d'accorder cette autorisation, tandis qu'il est libre au tribunal de suppléer l'autorisation maritale par l'autorisation judiciaire : de plus, le président doit accorder l'autorisation relative à la séparation, sans que le mari soit ni appelé, ni entendu, à la différence de l'autorisation judiciaire nécessaire à la femme pour ester en justice.

Il faut donc tenir pour certain que les deux formalités, de l'autorisation exigée par l'art. 865 et de l'autorisation qui fait la matière du titre précédent, diffèrent essentiellement; qu'elles ne peuvent conséquemment recevoir l'application des mêmes principes, et qu'il faut, par cette raison, recourir à ceux qui sont propres à chacune d'elles.

Or, on ne trouve au titre que nous expliquons aucune disposition d'après laquelle on puisse exiger que la femme qui a succombé sur sa demande en séparation soit autorisée pour appeler de ce jugement, comme elle l'a été pour introduire l'instance.

La conséquence à tirer du silence de la loi est que la femme est dispensée d'une nouvelle autorisation ; que la première lui suffit pour épuiser les deux degrés de juridiction, et obtenir une décision définitive et souveraine sur la demande qu'elle a formée.

Décider le contraire, ce serait ajouter aux dispositions de la loi, créer arbitrairement une formalité et une procédure qu'elle n'a point prescrites. A qui, d'ailleurs, la femme s'adresserait-elle pour obtenir cette nouvelle autorisation?

Ce ne serait pas sans doute au président de la Cour, puisque la loi attribue spécialement juridiction au président de première instance : ce serait donc à ce magistrat. Mais on ne peut croire que la loi ait entendu obliger la femme à demander à un juge, qui très souvent aurait concouru à rendre le jugement qu'elle se propose d'attaquer, la permission de diriger cette attaque.

Ces considérations nous paraissent assez fortes pour faire décider que la femme n'a pas besoin de nouvelle autorisation pour appeler du jugement qui rejette la demande en séparation. Au surplus, si l'on n'admettait pas notre opinion à cet égard, il resterait toujours vrai que l'on ne pourrait déclarer son appel nul pour défaut de cette autorisation ; il n'y aurait lieu qu'à surseoir.

[[M. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 102, n° 3, énonce la même opinion sans la discuter; il ne met pas plus en doute que nous que l'autorisation du président ne s'étende à *toutes* les suites de la demande, à l'appel, à la requête civile, au pourvoi en cassation, parce que, dit-il, la loi n'en limite aucunement l'effet.]]

2932. *Lorsque la femme est mineure, le tribunal, après lui avoir accordé son autorisation, ne doit-il pas rendre une ordonnance par laquelle il nommerait un rapporteur, afin que, sur le rapport et l'audition du ministère public, le tribunal nomme un curateur à la femme?*

M. PIGEAU, t. 2, p. 493, tient l'affirmative, non-seulement pour le cas où la demande en séparation embrasserait des droits immobiliers (arg. de l'art. 2208 du Code civ.), mais encore pour celui où elle n'embrasserait que des droits mobiliers ; car, dit-il, ces droits sont des capitaux pour lesquels l'émancipé ne peut agir seul. (*Voy.* Code civil, art. 482.) D'ailleurs, une généralité de droits mobiliers est, à cause de son importance, considérée comme des droits immobiliers.

M. MERLIN, *Nouv. Répertoire*, au mot *Séparation*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 767, est d'un avis opposé, attendu 1° que, d'après le Code civil, l'autorisation du juge suffit pour *habiliter* à plaider en séparation ; 2° que s'il fallait un curateur, ce ne serait pas au tribunal mais au conseil de famille qu'il appartiendrait de le nommer.

Sur cette controverse, M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 671, note 5, dit qu'on ne peut disconvenir que les raisons de M. Pigeau ne soient très fortes ; mais il fait observer ensuite qu'une généralité de droits mobiliers n'est rigoureusement assimilée à un droit immobilier que lorsqu'il s'agit d'une succession contestée entre plusieurs personnes; et c'est ce qui ne se rencontre pas dans l'hypothèse actuelle.

Sans doute, comme le dit M. Berriat Saint-Prix, on ne doit assimiler à un droit immobilier l'universalité de droits mobiliers qu'en cas de succession; mais ce n'est écarter que la moindre raison de M. Pigeau, et les autres nous paraissent assez fortes pour conseiller du moins de ne pas négliger de faire assister la femme mineure d'un curateur, qui doit lui être nommé par le conseil de famille, ainsi que le dit M. Merlin : c'est, au reste, ce que nous avons vu

faire à Rennes en semblable circonstance, et telle est aussi l'opinion des auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 134 et 135 (1).

[[On voit que M. Carré n'a pas voulu trancher la question; les motifs de cette indécision proviennent sans doute de ce que, à l'exemple de M. PIGEAU, v° *Séparation de biens*, IV, n° 3, avant dernier alinéa, il s'était trop exclusivement placé sous l'empire des principes antérieurs au Code. Dans l'ancienne jurisprudence, en effet, la femme devait aussi demander l'autorisation de former son action au juge qui, lorsqu'elle était mineure, lui nommait un curateur sous l'autorité duquel elle devait procéder; mais il n'en est plus de même aujourd'hui; l'autorisation du juge suffit pour habiliter la femme mineure à plaider en séparation. La généralité des auteurs se range, sur ce point, à l'opinion de M. Merlin, et l'on ne peut nier que les raisons dont elle s'étaye n'acquièrent une grande force, quand on voit que, dans certains cas, le Code a jugé convenable de faire assister la femme mineure, quoique émancipée par le mariage, non par un *curateur*, mais par un *tuteur* (art. 2208, Cod. civ.). Cela prouve que, dans la pensée du législateur, les règles ordinaires n'étaient point applicables. Dès lors, et à défaut d'une disposition spéciale semblable à celle de l'art. 2208, il faut s'en tenir à l'art. 865, Cod. proc. civ., et décider que l'autorisation suffit à la femme pour suivre l'instance en séparation. C'est, d'ailleurs, ce qui a été jugé, à l'égard de la séparation de corps, par la Cour de Bordeaux, le 1er juill. 1806 (*J. Av.*, t. 21, p. 139; DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.2.156), et nous n'apercevons pas de motifs plausibles pour repousser cette analogie.

Les mêmes raisons servent à trancher, dans un sens opposé à celui de M. Pigeau, la question subsidiaire de savoir par qui devrait être nommé le curateur, si tant est que son assistance fût jugée nécessaire. Il est évident qu'il devrait être nommé par le conseil de famille, comme le pense M. Carré, et non point par le tribunal.

Il faut toujours en revenir au principe que suppléer une procédure que le législateur n'a pas autorisée, c'est ajouter arbitrairement à la loi, ainsi que le pense M. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 102.]]

[[**2932** bis. *L'abandon par la femme du domicile marital la rend-il non recevable dans la demande en séparation de biens qu'elle intenterait postérieurement?*

Cette question, dont la négative est mise à l'abri de toute controverse par l'état actuel de la jurisprudence, lorsqu'il s'agit de l'abandon du domicile fixé par le président en matière de séparation de corps (voy. *Quest.* 2975), ne peut guère se présenter en pur droit; presque toujours les circonstances de fait influeront plus ou moins sur la décision. Un arrêt de la Cour royale de Turin du 8 déc. 1810 l'a jugé affirmativement, mais la Cour de Grenoble a décidé le contraire, le 1er août 1817; la première Cour, en se fondant sur ce que la femme avait depuis longtemps quitté le domicile marital, et qu'elle l'avait quitté arbitrairement et sans motif; la seconde, en s'appuyant sur cette circonstance que l'abandon était le résultat de la mésintelligence survenue entre les époux (Voy. *J. Av.*, t. 21, p. 78, n° 6; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.2.367; 5.2.312). Toutefois, ce dernier arrêt nous paraît, en principe, mériter la préférence, et légitimer une solution analogue à celle qu'on adopte en matière de séparation de corps.

En effet, quel que soit le tort de l'épouse qui abandonne la maison commune, nous ne comprenons pas comment il lui ôterait le droit de demander la sépa-

---

(1) *Voy.* cependant l'arrêt de la Cour de Bordeaux, qui sera cité sur une des questions traitées sur l'art. 875.

ration de biens, lorsque la loi n'a pas expressément subordonné l'exercice de ce droit à une cohabitation continue de la femme avec son mari. Celui-ci, d'ailleurs, n'a-t-il pas toujours les moyens de lui faire réintégrer le domicile conjugal? S'il n'use pas de son droit, il ne peut plus se prévaloir d'un fait qui ne subsiste que par sa tolérance; son inaction fait présumer son consentement. Ajoutons, en outre, qu'empêcher la femme de faire aucun acte d'instruction, d'exercer aucune poursuite ultérieure, avant d'avoir obtempéré à la sommation que son mari lui aurait faite de réintégrer le domicile conjugal, ce serait créer une fin de non-recevoir en dehors des dispositions de la loi, contrairement au principe qui veut que les fins de non-recevoir soient considérées comme de droit étroit, et ne puissent pas plus être suppléées qu'étendues d'un cas à un autre. Ainsi jugé par la Cour de Poitiers, le 15 août 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 622; DEVILL., 1836.2.461).]]

[[**2932** ter. *Est-il dû provision à la femme demanderesse en séparation de biens?*

M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 471, pense que l'affirmative n'est pas susceptible de doute. D'après cet auteur, il est juste et nécessaire d'accorder à la femme une provision pour faire les frais de sa séparation et pourvoir à ses besoins les plus pressants. Il nous semble que c'est trancher la difficulté d'une manière beaucoup trop absolue : ici, comme dans la question précédente, la diversité des circonstances, dont l'entière appréciation est laissée au juge par le silence de la loi, peut et doit même singulièrement influer sur sa décision; mais, en général, nous estimons qu'on doit tenir pour la négative. L'argument que le même auteur tire des art. 268, Cod. civ., et 878, Cod. proc. civ., est plus spécieux que solide.

Il n'est pas exact de dire qu'il y ait même raison, dans le cas de séparation de biens qu'en matière de séparation de corps et de divorce, d'accorder à la femme demanderesse une provision pour vivre et faire face aux frais indispensables. D'abord, ces diverses séparations sont essentiellement distinctes par leur nature, celles-ci affectant à la fois les corps et les biens, celle-là ne touchant qu'aux fortunes et laissant subsister dans toute leur intégrité les droits et obligations respectifs des époux. Rien ou presque rien n'est changé dans la société conjugale; les charges et le domicile demeurent les mêmes (1448, Cod. civ.); et bien que l'exercice du droit de la femme, demanderesse en séparation de biens, ne soit plus subordonné aujourd'hui à la continuité de sa résidence au domicile conjugal (voy. *suprà*, *Quest.* 2932 *bis*), il n'en est pas moins certain que le mari peut toujours la contraindre à réintégrer ce domicile, et, à ce titre, faire disparaître, à son gré, un des principaux motifs sur lesquels on se fonde pour légitimer, de la part de la femme, une demande en provision *alimentaire*, la nécessité de vivre.

En second lieu, le silence même de la loi, si explicite au titre du Divorce et de la Séparation de corps, silence auquel M. Thomine Desmazures voudrait suppléer, nous paraît concluant contre son opinion : l'affinité des matières ne permet pas de supposer un oubli de la part du législateur. Et si, en autorisant la femme à former sa demande en séparation de biens, il n'a pas indiqué au nombre des moyens qui devaient lui venir en aide dans l'exercice de ce droit, la provision alimentaire textuellement mentionnée dans les art. 268, Cod. civ., et 878, Cod. proc. civ., c'est que la nature des choses ne le comportait pas, et qu'il faut rechercher la cause de cette omission volontaire dans les motifs que nous avons énoncés plus haut.

On conçoit, en effet, qu'en matière de séparation de corps, où presque toujours il advient que la femme quitte le domicile conjugal avant que sa demande

ne soit mise en état, motif pour lequel la nécessité de lui en assigner un en justice a été prévue (art. 878, Cod. proc. civ.), il y ait lieu de lui allouer une provision alimentaire, et c'est aussi ce à quoi le Code n'a pas manqué. Mais il n'en est plus de même dans le cas de séparation de biens; les motifs qui lui servent de base ne peuvent, en principe, justifier l'abandon du domicile marital, et, par suite, la demande en provision qui en est la conséquence ordinaire. Ajoutons, enfin, pour compléter ces considérations qui nous paraissent décisives contre l'opinion de M. Thomine Desmazures, que son système ne tendrait à rien moins qu'à faciliter à la femme le moyen de quitter le domicile commun sous différents prétextes, tels, par exemple, que celui d'administrer ses biens, et qu'on finirait en quelque sorte par assimiler dans le fait la séparation de biens à la séparation de corps. (*Voy.* notre *Quest.* 2942 *bis.*)

La jurisprudence de certaines Cours, Douai, 1er avril 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 198), et Riom, 26 déc. 1817 (*J. Av.*, t. 21, p. 93; DEVILL., *Collect. nouv.*, 5.2.340), qui décident, avec raison selon nous, que la femme a hypothèque légale pour les dépens faits sur sa demande en séparation de biens, est encore, en notre faveur, un motif d'autant plus concluant, qu'en même temps qu'il garantit à la femme la rentrée des avances qu'elle aurait été obligée de faire, elle lui facilite le moyen de se les procurer, si l'embarras de sa position la forçait de recourir à autrui.

Toutefois, et comme la loi permet tout ce qu'elle n'a pas défendu, le juge, souverain appréciateur des circonstances, pourrait sans doute, si la mésintelligence survenue entre les époux avait forcé la femme à quitter momentanément le domicile conjugal, lui accorder une provision.

Mais alors sa décision serait à l'abri de tout contrôle, et, en cas de refus de sa part, les motifs qui lui auraient servi de base ne pourraient être recherchés.]]

[[**2932** quater. *La femme peut-elle se désister de la demande en séparation sans acceptation du désistement de la part du mari?*

Le mari contre lequel la femme a obtenu un jugement de séparation de biens peut-il se désister de l'appel par lui interjeté?

M. Pigeau, qui traite la première de ces questions dans son *Comm.*, t. 2, p. 560, s'exprime en ces termes: « La femme ne se désistant pas de l'action, le mari peut dire qu'il ne veut pas être exposé à un second procès. Il faut, en conséquence, distinguer si le désistement est désistement de demande ou désistement d'action. Dans le premier cas, si par exemple, la femme qui s'est désistée peut, en formant une nouvelle demande, la fonder sur les mêmes faits que la première, il faut alors nécessairement l'acceptation du mari (Art. 403, Cod. proc. civ.). Mais si le désistement est désistement d'action, par exemple, si la femme ne peut fonder sa nouvelle demande que sur de nouveaux faits, ce désistement emporte *abdication* de l'action, et, en ce cas, la femme n'a pas besoin du consentement du mari. A plus forte raison, dans le même cas, pourra-t-elle se passer de l'autorisation judiciaire; la justice ne pouvant la forcer à poursuivre. »

Cette opinion, qui est aussi la nôtre, se trouve conforme à la distinction que nous avons établie au titre du Désistement (Voy. *suprà*, *Quest.* 1452, t. 3, p. 449).

Il nous paraît évident que, les époux étant également libres de rétablir leur communauté (art. 1451, Cod. civ.), même après la séparation prononcée, le désistement de demande et le désistement d'action peuvent se faire par la femme avec le consentement du mari. Ici les droits des tiers ne périclitent en aucune sorte.

Mais le mari peut-il se désister de l'appel par lui interjeté du jugement de séparation ?

Au premier abord, on s'explique difficilement comment on refuserait au mari l'exercice d'une faculté dont jouissent tous ceux qui ont la libre disposition de leurs droits; mais si l'on examine la question de près, on découvre bientôt, dans l'esprit même de la loi, le motif qui en détermine la solution négative. Une des conditions absolues auxquelles est soumise la validité des séparations, soit de corps soit de biens, c'est qu'elles aient été poursuivies en justice. Toute séparation volontaire est nulle, dit l'art. 1443, Cod. civ. L'ordre public s'opposait, en effet, à ce que le concert frauduleux des époux pût arbitrairement compromettre l'intérêt des tiers; et c'est dans ce sens qu'il faut envisager les art. 1443 et 307, Cod. civ. Or, l'appel interjeté par le mari a lié l'instance devant une juridiction supérieure : il a eu pour effet de paralyser le jugement qui en était l'objet; et, en cet état, le désistement de l'appel équivaut à un consentement, à un acquiescement à la demande en séparation de biens, c'est-à-dire qu'il la vicie dans son principe en réalisant ce que les articles du Code précité défendent de la manière la plus expresse ; Caen, 15 déc. 1826 (*J. Av.*, t. 33, p. 81), et Paris, 10 avril 1829 (*Gazette des Tribun.*, 11 avril 1829, n° 1146).

Vainement dirait-on que toute personne jouissant de ses droits peut se désister d'une instance qu'elle a introduite : si le principe est incontestable, il demeure soumis néanmoins à une grave exception, celle où le désistement peut être le résultat de la fraude et préjudicier à des tiers; et la suspicion légitime qui s'attache au désistement du mari, fait dans ces circonstances, le placerait encore sous le coup de cette dernière exception. Du texte et de l'esprit de la loi, il résulte donc que le désistement du mari ne peut être reçu ; dans tous les cas, les tiers créanciers sont toujours en droit de le faire annuler (Voy. *suprà, Quest.* 1453), car ils ne peuvent être aucunement liés par cet acquiescement donné par le mari au jugement de séparation. C'est ce qu'a jugé la Cour de Caen, le 15 juill. 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 176).]]

ART. 866. Le greffier du tribunal inscrira, sans délai, dans un tableau placé à cet effet dans l'auditoire, un extrait de la demande en séparation, lequel contiendra,

1° La date de la demande;

2° Les noms, prénoms, profession et demeure des époux;

3° Les noms et demeure de l'avoué constitué, qui sera tenu de remettre, à cet effet, ledit extrait au greffier, dans les trois jours de la demande.

Tarif, 92. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 353, n°s 6 et 7.] — Cod. comm., art. 65. — Cod. proc. civ., art 869. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Séparation de biens*, n°s 13, 16 et 17. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n° 65. — Locré, t. 23, p. 98, n° 20; p. 127, n° 25, et p. 154, n° 15.

QUESTION TRAITÉE : Le délai de trois jours, que donne l'art. 866, Cod. proc. civ., pour déposer au greffier l'extrait d'une demande en séparation de biens, est-il prescrit à peine de nullité? *Q.* 2932 *quinquies.*]

[[**2932** quinquies. *Le délai de trois jours, que donne l'art.* 866, *Cod. proc. civ., pour déposer au greffe l'extrait d'une demande en séparation de biens, est-il prescrit à peine de nullité?*

L'affirmative n'est pas douteuse : elle résulte invinciblement de la généralité des termes de l'art. 869, comme l'enseigne M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 563, et

ainsi qu'elle se trouve savamment développée dans la consultation suivante, que nous avons extraite des manuscrits de M. Carré :

« L'art. 866 s'est occupé de l'extrait à inscrire sur le tableau placé, à cet effet, dans l'auditoire. Il veut que cet extrait soit, dans les trois jours de la demande en séparation de biens, remis par l'avoué poursuivant au greffier, et inscrit par celui-ci sans délai.

« Les articles qui suivent prescrivent d'autres formalités et, entre autres, l'art. 869 est ainsi conçu : « Il ne pourra être prononcé sur la demande en séparation aucun jugement, *qu'un mois après l'observation* des formalités ci-dessus prescrites et qui seront observées *à peine de nullité*. »

« La question ci-dessus posée se réduit donc à savoir si la nullité prononcée par l'art. 869 s'applique au délai de trois jours, déterminé par l'art. 866.

« On ne saurait supposer que le législateur ait prescrit ce délai arbitrairement et sans motifs. On doit donc penser qu'il a voulu que cette formalité fût remplie, et de là cette première présomption que l'art. 869, qui ne fait d'ailleurs aucune distinction, a entendu comprendre dans sa disposition l'art. 866. Qu'aurait-il servi en effet de fixer un délai de trois jours, s'il était néanmoins permis de faire tout aussi valablement ce que la loi ordonne, dans un délai plus étendu, et, par exemple, dans un délai de quatre, six jours, un mois, un an ? Cette simple considération vient se joindre à celle que fournit la rédaction elle-même de l'art. 869. Si cet article ne devait s'appliquer qu'au délai d'un mois, avant lequel aucun jugement ne peut être rendu, cette rédaction eût été plus simple, le législateur eût dit : Il ne sera prononcé aucun jugement qu'un mois après l'observation des formalités ci-dessus prescrites, *à peine de nullité;* on lit au contraire : un mois après l'observation des formalités ci-dessus prescrites, *et qui seront observées à peine de nullité.* Or, de ces mots : *et qui seront observées*, n'est-il pas raisonnable d'induire que, non-seulement le délai d'un mois fixé par l'art. 869, mais encore les formalités ordonnées par les articles précédents, telles qu'elles sont prescrites et avec le délai déterminé, seront observées à peine de nullité ? Tel est le véritable esprit de l'art. 869, et la preuve s'en trouverait surabondamment dans l'art. 1445, Cod. civ., qui veut que le jugement par lequel la séparation de biens a été prononcée remonte, quant à son effet, au jour de la demande. Or, cette séparation change la position des époux à l'égard des tiers : c'est pour cela que tout ce qui concerne ce mode de dissolution de la société conjugale doit être rendu public. Comment donc serait-il permis d'admettre qu'au moyen d'une demande qu'on pourrait indéfiniment tenir secrète, en cessant d'y donner suite, on pût à volonté, en faisant plus tard prononcer la séparation de biens, dont l'effet *remonterait au jour de la demande*, compromettre les droits des tiers, qui auraient traité avec les époux dans la confiance qu'il y avait entre eux communauté de biens?

« Par toutes ces considérations, le soussigné estime que l'extrait prescrit par l'art. 866 doit, à peine de nullité, être remis dans les trois jours au greffier.

« Mais on pourrait demander si le greffier doit, dans ce même délai, inscrire l'extrait au tableau? ou, en d'autres termes, ce qu'il faut entendre par ces mots : *sans délai*, que l'on remarque dans l'art. 866?

« Il ne paraît pas douteux que, dans l'esprit de cet article, l'inscription doit être faite aussitôt, à l'instant même où le greffier reçoit cet extrait, et cela est d'autant plus vrai que la construction de l'art. 866 suppose évidemment que c'est l'extrait lui-même, remis par l'avoué, qui doit être inscrit au tableau. »

Il serait impossible, en effet, de constater autrement d'une manière précise que le dépôt au greffe a été fait dans les délais utiles.]]

ART. 867. Pareil extrait sera inséré dans les tableaux placés, à

cet effet, dans l'auditoire du tribunal de commerce, dans les chambres d'avoués de première instance et dans celles de notaires, le tout dans les lieux où il y en a : lesdites insertions seront certifiées par les greffiers et par les secrétaires des chambres.

Tarif, 92. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 354, n°s 8, 9, 14 et 15.] — Cod. comm., art. 65. — Cod. proc. civ., art. 869. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Séparation de biens*, n°s 15, 18, 21 et 39. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n° 67. — Locré, t. 23, p. 98, n° 20; p. 129, n° 25, et p. 154, n° 15.

QUESTION TRAITÉE : Les officiers publics qui reçoivent les extraits prescrits par les art. 866 et suiv., Cod. proc. civ., peuvent-ils en constater la remise comme ils le jugent convenable? Les avoués ont-ils qualité pour faire et signer les extraits *destinés à ces insertions? Q.* 2932 *sexies.*]

[[**2932** sexies. *Les officiers publics qui reçoivent les extraits prescrits par les art.* 866 *et suiv., Cod. proc. civ., peuvent-ils en constater la remise comme ils le jugent convenable?*

Les avoués ont-ils qualité pour faire et signer les extraits destinés à ces insertions?

Le doute qu'a longtemps entretenu sur ces deux questions l'absence de toute disposition précise de loi, se trouve maintenant résolu par une décision ministérielle du 19 oct. 1828, qui consacre l'affirmative (*J. Av.*, t. 36, p. 5). Toutefois une précision devient nécessaire à l'égard de la dernière question, à savoir que les notaires seuls, et non les avoués, peuvent faire et signer les extraits de contrats de mariage des commerçants (art. 67 et 68, Cod. comm.).]]

ART. 868. Le même extrait sera inséré, à la poursuite de la femme, dans l'un des journaux qui s'impriment dans le lieu où siége le tribunal; et, s'il n'y en a pas, dans l'un de ceux établis dans le département, s'il y en a.

Ladite insertion sera justifiée ainsi qu'il est dit au titre *de la Saisie immobilière*, articles 696 et 698.

Tarif, 92. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 354, n°s 10 à 13.] — Cod. comm., art. 6. — Cod. proc. civ., art. 696 et 698, 866, 869. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Séparation de biens*, n°s 20, 22, 26 et 36. — Devilleneuve, *eod. verb.*, n° 29. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n°s 64 à 69. — Locré, t. 23, p. 76, n° 20; p. 98, n° 20, p. 154, n° 15.

QUESTIONS TRAITÉES : Les formalités prescrites par le Code de commerce pour la publicité des séparations de biens peuvent-elles s'appliquer aux séparations judiciaires, ou ne régissent-elles exclusivement que les séparations conventionnelles? *Q.* 2932 *septies.* — Le mari qui, dans une instance en séparation de biens, a exécuté un jugement obtenu par la femme, ou qui a défendu au fond, peut-il, en cause d'appel, se prévaloir de ce que l'extrait de la demande formée contre lui n'a pas été insérée dans les journaux? *Q.* 2932 *octies.* — La publicité à donner, d'après les art. 866, 867 et 868, doit-elle avoir lieu à l'occasion d'une demande en séparation de corps, attendu qu'une telle demande entraîne nécessairement la séparation de biens? *Q.* 2933. — Les demandes en séparation de biens doivent-elles être affichées, quel que soit le régime sous lequel la femme se soit mariée? *Q.* 2934. — Lorsqu'il n'existe pas, dans l'auditoire d'un tribunal, un tableau destiné à l'inscription des demandes et jugements en séparation de biens, le vœu des art. 866 et 867 est-il rempli par l'affiche à la porte de l'auditoire, affectée à cette destination? *Q.* 2935. — Comment doit-on constater la publicité des demandes en séparation? *Q.* 2936.]

DXLIV. On a vu, dans les préliminaires de ce titre, que la femme autorisée en conformité de l'article précédent n'est point assujettie, pour former sa demande, à mettre les créanciers en cause, attendu qu'elle peut ne pas les connaître, et qu'il en résulterait une inquisition, des retards et des frais superflus. Mais les art. 866, 867 et 868 prescrivent des conditions propres à garantir que les parties intéressées seront suffisamment averties et mises à portée d'intervenir, si elles le jugent à propos, pour la conservation de leurs droits.

[[**2932** septies. *Les formalités prescrites par le Code de commerce pour la publicité des séparations de biens peuvent-elles s'appliquer aux séparations judiciaires, ou ne régissent-elles exclusivement que les séparations conventionnelles?*

La généralité des termes des art. 65 et 66, Cod. comm., qui renvoient pour ces formalités aux titres du Code civil et du Code de procédure relatifs aux séparations de biens, ne permet pas, ce nous semble, qu'un doute sérieux s'élève sur cette question. Il est évident, en effet, que les art. 69 et 70 du même Code de commerce, en assujettissant tout époux séparé de biens ou marié sous le régime dotal, qui embrasserait la profession de commerçant postérieurement à son mariage, et tout époux séparé de biens ou marié sous le régime dotal, qui l'exercerait au moment de la publication de la loi, à la publication de son contrat de mariage, n'ont eu pour objet que les séparations contractuelles ou exclusions de communauté, et non les séparations judiciaires sujettes à des formalités particulières, qui en assurent par elles-mêmes la publicité. C'est ainsi que l'a décidé un arrêt de la Cour de cassation du 9 sept. 1813 (*J. Av.*, t. 21, p. 99; DEVILL., *Collect. nouv.*, 4.1.440).]]

[[**2932** octies. *Le mari qui, dans une instance en séparation de biens, a exécuté un jugement obtenu par la femme, ou qui a défendu au fond, peut-il, en cause d'appel, se prévaloir de ce que l'extrait de la demande formée contre lui n'a pas été inséré dans les journaux?*

Non, parce que la nullité qui résulterait de l'omission de cette insertion n'est pas tellement absolue, qu'elle ne puisse être couverte par une renonciation expresse ou tacite de ceux en faveur desquels elle est établie. Or, dans l'espèce, le mari a renoncé en effet au droit purement facultatif que la loi lui accorde, soit quant au jugement interlocutoire, puisqu'il l'a exécuté en faisant même sans protestation son enquête contraire, soit quant au jugement définitif, en n'interjetant appel que par rapport au fond et concluant au mal jugé, sans parler de la première nullité. C'est ce qu'enseigne M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 564, et ce que confirme un arrêt de la Cour de Riom du 9 juin 1809 (*J. Av.*, t. 21, p. 77).]]

2933. *La publicité à donner, d'après les art.*866, 867 *et* 868, *doit-elle avoir lieu à l'occasion d'une demande en séparation de corps, attendu qu'une telle demande entraîne nécessairement la séparation de biens?*

Nous ne le pensons pas, attendu le silence gardé à ce sujet, soit par le Code civil, soit par le Code de procédure. Il suffit donc de se conformer à l'art. 307 du premier, aux art. 875 et suivants du second, et aux règles générales.

Mais le jugement de séparation de corps étant prononcé, comme il emporte nécessairement séparation de biens, il est certain qu'il faudra rendre cette séparation publique, en se conformant aux dispositions de l'art. 872 du Code de procédure : c'est ce que veut expressément l'art. 880.

[[A ces raisons que nous adoptons, M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 493, ajoute un nouveau motif qu'il tire de la diversité même des deux genres de séparation entre époux.

La séparation de biens, dit-il, n'étant pas ici *l'objet principal* de l'action, et les époux ne pouvant être soupçonnés d'un concert frauduleux, la demande en séparation de corps n'a pas besoin d'être rendue publique avant

le jugement, lequel seul doit être soumis à la publicité, comme précaution pour l'avenir.]]

2934. *Les demandes en séparation de biens doivent-elles être affichées, quel que soit le régime sous lequel la femme se soit mariée?*

Oui, comme le fait observer très bien M. PIGEAU, t. 2, p. 489; car toutes les fois que la femme trouve un intérêt légitime et réel, elle peut demander la séparation de biens, soit sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle (voy. *Code civil,* art. 1443), soit sous le régime dotal (voy. *même Code*, art. 1563), soit sous cette espèce de régime qui participe de la nature des deux premiers, et qu'on nomme exclusif de la communauté.

Ainsi, pour le dire en passant, la disposition de l'art. 1443 du Code civil, qui ne donne ce droit qu'à la femme dont la dot, les droits et les reprises sont en péril, ne paraît pas devoir être prise à la lettre.

C'est ce que prouve M. Pigeau, *ubi suprà*, et ce qui a été décidé par arrêt de la Cour d'Angers du 16 mars 1808, rapporté dans le *Nouveau Répertoire*, au mot *Séparation*, sect. 2, § 1er.

Si donc la demande en séparation peut être formée toutes les fois que la femme a intérêt, et sans distinction du régime sous lequel elle s'est mariée, on doit décider, puisque la loi ne fait aucune exception, que, dans tous les cas, les formalités sont les mêmes, et que toute demande en séparation de biens doit être rendue publique, conformément aux art. 866, 867 et 868. (Voy. *Bibliothèque du Barreau*, 1re part., t. 3, p. 161.)

[[Solution évidente, et que sanctionne un arrêt de la Cour de Poitiers du 9 janv. 1807 (DEVILL., *Coll. nouv.*, 2.2.187).]]

2935. *Lorsqu'il n'existe pas, dans l'auditoire d'un tribunal, un tableau destiné à l'insertion des demandes et jugements en séparation de biens, le vœu des art.* 866 *et* 867 *est-il rempli par l'affiche à la porte de l'auditoire, affectée à cette destination?*

La solution affirmative de cette question résulte, selon nous, de ce principe, que, dans tous les cas où l'observation littérale de la loi ne dépend pas de la partie, on ne peut exiger d'elle autre chose, si ce n'est qu'elle ait fait tout ce qui était possible pour remplir, par équipollence, le vœu du législateur.

Or, quel a été son vœu, en prescrivant les formalités indiquées aux art. 866 et 867? C'est, sans doute, comme l'a déclaré la Cour de Turin, par arrêt du 4 janv. 1811 (Voy. *J. Av.*, t. 4, p. 95), de procurer aux demandes et aux jugements en séparation toute la publicité nécessaire pour que les créanciers puissent en être instruits, et intervenir ou se pourvoir par tierce opposition, pour la conservation de leurs droits.

Il importe donc peu qu'il n'existe dans la salle des audiences aucun tableau matériel pour inscrire les extraits de ces demandes et jugements, dès qu'il y a dans cette salle un lieu destiné à les afficher, et où il est constaté qu'ils l'ont été réellement.

Alors, en effet, le vœu de la loi se trouve rempli, et l'on doit décider de la sorte, avec d'autant plus de raison qu'aucune forme particulière n'a été établie pour les tableaux où l'on doit faire les insertions dont il s'agit. (*Voy.* nos questions sur l'art. 872.)

[[Cette solution affirmative, qu'adopte implicitement M. THOMINE-DESMAZURES, t. 2, p. 477, nous paraît à l'abri de toute controverse.]]

2936. *Comment doit-on constater la publicité des demandes en séparation?*

On doit faire autant d'extraits qu'il est nécessaire pour en faire l'affiche, plus un, que l'avoué garde pardevers lui, et au bas duquel chaque greffier des tribunaux civil et de commerce, et les secrétaires des Chambres des avoués et des notaires, certifient avoir reçu un extrait conforme et l'avoir affiché au tableau; on fait ensuite, pour assurer l'authenticité de la date, enregistrer cet extrait.

Ainsi, nul besoin de procès-verbal de dépôt au greffe : ce serait faire des formalités inutiles; les récépissés y suppléent. (*Voy.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 344; DELAPORTE, t. 2, p. 440.)

Quant à l'insertion au journal, elle est justifiée par la feuille signée de l'imprimeur, dont la signature est légalisée par le maire. (*Voy.* nos questions sur l'art. 683) (1).

[[On peut, en outre, invoquer aujourd'hui, relativement à l'inutilité d'un procès-verbal de dépôt au greffe, la décision ministérielle du 19 oct. 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 5).

Quant aux insertions dans les journaux, elles sont faites et justifiées, conformément aux art. 696 et 698, d'après le vœu de la l'art. 8 de la loi du 2 juin 1841, sur les ventes de biens immeubles. (*Voy.* notre t. 5, p. 551, 555 et 986.)]]

ART. 869. Il ne pourra être, sauf les actes conservatoires, prononcé, sur la demande en séparation, aucun jugement qu'un mois après l'observation des formalités ci-dessus prescrites, et qui seront observées à peine de nullité, laquelle pourra être opposée par le mari ou par ses créanciers.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 355, n° 16, et p. 356, n°s 20 à 26.] — Cod. comm., art. 65. — Cod. proc. civ., art. 871, 1029. — [Notre Dict. gén. de proc., v^is *Séparation de biens*, n°s 5 à 7 et 25, et *Séparation de corps*, n°s 58 à 60. — Devilleneuve, v° *Séparation de biens*, n°s 18 et 19. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n°s 71 à 82 et 87. — Locré, t. 23, p. 98, n° 20, et p. 154, n° 15.
QUESTIONS TRAITÉES : Le jour auquel la dernière des formalités prescrites a été remplie doit-il être compté dans le calcul des jours qui composent le mois? *Q.* 2937. — Le délai dont il s'agit est-il susceptible de l'augmentation à raison de la distance des lieux où résident les créanciers du mari? *Q.* 2938. — Quels sont les actes qui peuvent être compris sous la dénomination générique d'actes conservatoires? *Q.* 2939. — La femme demanderesse en séparation a-t-elle besoin de provoquer, contradictoirement avec son mari, les mesures provisoires autorisées pour la conservation de ses droits? *Q.* 2939 *bis*.]

DXLV. Cette disposition forme le complément et la sanction des précautions prises par les trois articles précédents dans l'intérêt des tiers : l'accomplissement des formalités prescrites par ces articles ne suffit pas pour que le tribunal puisse prononcer la séparation ; la loi détermine encore un délai afin que les parties intéressées, averties de la demande, aient tout le temps nécessaire pour intervenir si elles le jugent convenable.

[[Ajoutons néanmoins, avec M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 474, que la femme ne pourrait se prévaloir elle-même des infractions aux règles, si elle en a commis, ni se donner, en les commettant, un moyen de réclamer contre sa séparation. S'il en était autrement, elle pourrait quelquefois les enfreindre à dessein. Cet intervalle n'est donc prescrit que dans l'intérêt du *mari et de ses créanciers.*]]

---

(1) Remarquons que les formalités dont nous venons de parler doivent être observées à peine de nullité, d'après l'art. 869.

2937. *Le jour auquel la dernière des formalités prescrites a été remplie doit-il être compté dans le calcul des jours qui composent le mois?*

Supposant, par exemple, que la date de la dernière formalité accomplie soit du 12 janvier, nous demandons si le jugement peut être prononcé le 12 février suivant?

L'affirmative a été jugée par un des tribunaux du ressort de la Cour de Rennes : mais nous sommes porté à croire que cette décision pourrait être critiquée avec fondement; car le tribunal a jugé la séparation *dans le mois* du jour où les formalités ont été remplies, et non pas, comme le dit l'art. 869, un mois après l'accomplissement des formalités. Le jugement ne pouvait donc être rendu que le 13 février. Ce n'est qu'après l'observation de ces formalités, a dit M. le tribun Mouricaut (*Voy.* édit. de F. Didot, p. 215), et même encore *après l'intervalle d'un mois*, que le tribunal peut rendre jugement.

[[Nous adoptons cette opinion, conforme aux principes que nous avons émis, t. 5, p. 519, *Quest.* 2313. *Voy.* aussi notre *Quest.* 3410.]]

2938. *Le délai dont il s'agit est-il susceptible de l'augmentation à raison de la distance des lieux où résident les créanciers du mari?*

Non, parce que la femme ignore ou peut ignorer quels sont les créanciers de son mari, et les lieux de leur résidence.

Si, d'un côté, il pouvait être dangereux, pour ses intérêts, que le délai fût prolongé au delà de certaines limites, de l'autre, les créanciers ne souffrent aucun préjudice, d'après les ressources que leur donne l'art. 1447 du Code civil. (*Voy.* M. PIGEAU, p. 498.)

[[Cela nous paraît évident.]]

2939. *Quels sont les actes qui peuvent être compris sous la dénomination générique d'actes conservatoires?*

Ce sont tous les actes par lesquels la femme prend des mesures tendant à la conservation des droits dont elle devra jouir après le jugement qui aura prononcé sa séparation.

Ainsi, par exemple, elle peut s'opposer, par voie de saisie-arrêt, au paiement des sommes dues à son mari, en faire ordonner le dépôt, et saisir les effets mobiliers de la communauté, même ceux que le mari a déjà frauduleusement vendus.

Mais il lui faut, pour cela, obtenir sur requête une permission du président; permission qui ne doit toutefois être accordée par ce magistrat qu'autant qu'il y a des commencements de preuve, ou au moins une espèce de notoriété du dérangement du mari. (*Voy.* arrêt de la Cour de cassation du 30 juin 1807, *Nouv. Répert.*, au mot *Séparation de biens*, sect. 2, § 3, p. 768, et nos questions sur l'art. 879.)

De cette décision, et de ce que l'art. 869 autorise la femme à faire tous actes conservatoires, il nous semble qu'on doit conclure *à fortiori* qu'elle a le droit de faire apposer les scellés sur les effets de la communauté.

Il suit de là que les juges peuvent autoriser la femme à mettre les scellés, à faire les vendanges, à s'opposer à ce que le mari reçoive le paiement des sommes dues à la communauté, et même à faire exécuter, vu l'urgence, l'ordonnance sur la minute. (Rennes, 22 juill. 1814.)

[[*Voy.* aussi Limoges, 7 mars 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 88), et Caen, 16 mars 1825 (*J. Av.*, t. 32, p. 136).

M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 474, ajoute à ces droits de la femme celui de demander à continuer en son nom l'état de son mari, et de réclamer une provision qu'elle soutient lui être due, contrairement à l'opinion que nous avons émise, *suprà, Quest.* 2932 *ter*. On peut également consulter sur la même question, MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 514; DEMIAU-CROUZILHAC, p. 544; MERLIN, vº *Séparation de biens*, sect. 2, § 3, p. 415, et FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 103, nº 5.]]

[[**2939** bis. *La femme demanderesse en séparation a-t-elle besoin de provoquer, contradictoirement avec son mari, les mesures provisoires autorisées pour la conservation de ses droits?*

L'art. 869 autorisant la femme demanderesse en séparation à faire tous les actes que peuvent exiger les circonstances, et aucune loi ne lui imposant l'obligation de provoquer, contradictoirement avec son mari, les mesures provisoires qui font l'objet de ces actes, il faut se décider pour la négative, comme l'a fait un arrêt de la Cour de Rennes du 22 juillet 1818 (*J. Av.*, t. 21, p. 167).

Toutefois, et pour ajouter à cette décision ce que ses motifs présentent d'incomplet, on peut dire que les actes dont parle l'art. 869 étant par leur nature même hostiles au mari, et ne pouvant avoir d'efficacité qu'autant qu'ils interviendraient à son insu et avant qu'il fût averti, il eût été déraisonnable et presque absurde de l'appeler à les débattre, puisqu'il n'eût pas manqué de profiter de cette singulière condescendance de la loi pour dépouiller la femme des droits que ces actes avaient précisément pour but de lui garantir.

Toutefois, nous reconnaissons au mari le droit d'obtenir du tribunal la mainlevée des oppositions qui gêneraient sans nécessité l'administration de ses biens et la gestion de ses affaires.]]

ART. 870. **L'aveu du mari ne fera pas preuve, lors même qu'il n'y aurait pas de créanciers.**

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 356, nº 17.] — Cod. comm., art. 65.— Cod. proc. civ., art. 1443, 1447. — [Notre Dict. gén. de proc., vis *Séparation de biens*, nos 12, 12 *bis*, et *Jugement par défaut*, nº 207. — Devilleneuve, vº *Séparation de biens*, nº 23. — Arm. Dalloz, *cod. verb.*, nos 88 et 89. — Locré, t. 23, p. 98, nº 20, et p. 154, nº 15.

QUESTION TRAITÉE : Comment la femme doit-elle prouver la vérité des faits qu'elle maintient? Les juges peuvent-ils ordonner d'office la preuve des faits sur lesquels est formée la demande en séparation? *Q.* 2940.]

DXLVI. Soit que des créanciers interviennent, soit qu'il ne s'en présente aucun, l'aveu du mari ne peut faire aucune preuve des faits sur lesquels la femme eût fondé sa demande en séparation, car la collusion est aisément présumable entre époux : *Inter propinquos fraus facilè præsumitur.*

Ce sont donc uniquement les moyens qu'opposeraient les créanciers intervenants que le tribunal doit considérer pour statuer sur la demande de la femme: s'il n'y a pas de créanciers, l'aveu du mari ne doit encore être d'aucune considération, attendu que s'il n'y a pas, en cette circonstance, d'intérêt actuel qui s'oppose à ce que la demande de la femme soit accueillie, il reste l'intérêt prochain des enfants ou autres héritiers, qu'on pourrait dépouiller par cette voie.

Il était du devoir du législateur d'empêcher que le mari ne conférât par des voies indirectes, des avantages que la loi réprouve.

2940. *Comment la femme doit-elle prouver la vérité des faits qu'elle maintient?*

[[*Les juges peuvent-ils ordonner d'office la preuve des faits sur lesquels est fondée la demande en séparation?*]]

Puisque l'aveu du mari, sur les causes de la séparation, ne peut faire preuve des faits maintenus par la femme, ce qui est une conséquence de l'art. 1443, Cod. civ., qui prononce la nullité de toute séparation volontaire, il s'ensuit que la femme doit prouver ces faits, soit par dettes du mari, soit par actes d'exécution mobilière ou immobilière, soit même par témoins.

Telle est la jurisprudence, qui admet indifféremment ces divers genres de preuves, concurremment ou séparément.

[[Cette opinion, que nous partageons, est aussi celle de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 566, n° 5, et FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 103, n° 6; mais les juges peuvent-ils ordonner d'office la preuve des faits sur lesquels est fondée la demande en séparation?

La loi n'astreignant le juge à aucun genre particulier de preuves sur la vérité des faits allégués à l'appui de la demande en séparation de biens, il s'ensuit qu'elle lui a laissé sur ce point un pouvoir discrétionnaire absolu; Cass., 26 janv. 1806 (DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.1.467). Il a le droit de suppléer, par tous les moyens qu'il juge convenables, au vague ou à l'insuffisance des preuves administrées par la femme demanderesse.

Mais si la preuve supplétive devenant indispensable nécessitait une enquête, nous pensons que le juge qui ordonnerait cette enquête, devrait préciser les faits sur lesquels elle devrait porter. (Art. 255, Cod. proc. civ.)

C'est du reste ce qu'a jugé un arrêt de la Cour de Nancy, du 24 mai 1827.]]

ART. 871. Les créanciers du mari pourront, jusqu'au jugement définitif, sommer l'avoué de la femme, par acte d'avoué à avoué, de leur communiquer la demande en séparation et les pièces justificatives, même intervenir pour la conservation de leurs droits, sans préliminaire de conciliation.

Tarif, 70 et 75. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 356, n° 20, et p. 357, n°s 21 à 25.] — Cod. civ., art 1447. — Cod. comm., art. 65. — Cod. proc. civ., art. 49. — [Notre Dict. gén. de proc., v^is^ *Séparation de biens*, n°s 8 et 9, et *Intervention*, n° 30. — Arm. Dalloz, v° *Séparation de biens*, n°s 90 à 95. — Locré, t. 23, p. 76, n° 22, et p. 154 n° 15.

QUESTIONS TRAITÉES : La femme peut-elle répondre à la requête d'intervention d'un créancier? *Q.* 2941. — Celui qui n'est pas créancier actuel du mari, mais à qui la demande en séparation, formée sans *fraude*, tend à préjudicier, à raison de droits *éventuels*, peut-il intervenir pour la contester? *Q.* 2942.]

2941. *La femme peut-elle répondre à la requête d'intervention d'un créancier?*

Oui, d'après l'art. 75 du Tarif. [[§§ 42, 45, 46 et 47.]]

2942. *Celui qui n'est pas créancier actuel du mari, mais à qui la demande en séparation, formée sans* FRAUDE, *tend à préjudicier, à raison de droits* ÉVENTUELS, *peut-il intervenir pour la contester?*

Oui, parce que les dispositions du Code de procédure relatives à la tierce opposition et à l'intervention, sont applicables en matière de séparation de biens. Or, d'un côté, aux termes de l'art. 474, une partie peut former tierce opposi-

tion à un jugement qui préjudicie à ses droits, lors duquel ni elle ni ceux qu'elle représente n'ont été appelés ; d'un autre côté, aux termes de l'art. 466, aucune intervention ne doit être reçue, si ce n'est de la part de ceux qui auraient droit de former tierce opposition. De là il résulte que dès lors qu'il est reconnu qu'un jugement de séparation de biens peut préjudicier à un tiers, celui-ci doit être admis à intervenir, de même qu'il peut, après le jugement, être admis à une tierce opposition, conformément aux art. 466 et 474 précités. *Voy.* arrêt de la Cour de cassation, section des requêtes, du 28 juin 1810 (DENEVERS, 1810, p. 501 et *J. Av.*, t. 14, p. 751), et la *Quest.* 1681.

[[Cette doctrine, qui s'appuie d'ailleurs sur le texte de l'art. 1180, Cod. civ., est également enseignée par MM. PIGEAU, *Comm*, t. 1, p. 599, 5e alin.; PIGEAU, *Proc. civ.*, t. 1, p. 416, *in prin.*, et p. 697, 5e alin.; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 119, 2e col., alin. 2 et 6; MERLIN, *Répert.*, t. 6, p. 534, 2e col., *in fin.* et PONCET, p. 207, n° 144, qui la justifie en disant qu'en général on peut toujours agir pour conserver des droits futurs ; qu'il n'y a que certaines actions déterminées pour l'exercice desquelles la loi exige un intérêt né et actuel ; et que, le plus souvent, il suffit d'un intérêt futur et éventuel pour rendre l'action recevable.

Au surplus, il ne sera pas inutile de remarquer ici qu'il est des cas où l'intervention des créanciers du mari doit être provoquée par la femme *elle-même*, pour valider les poursuites : c'est lorsque le mari tombé en faillite a perdu l'administration de ses biens, et qu'il devient indispensable, dès lors, que les syndics, qui en demeurent seuls chargés, soient appelés dans l'instance (art. 494, Cod. de comm.). Un arrêt de la Cour royale de Bourges du 17 mars 1828 confirme cette opinion. *Voy.*, au titre de l'Intervention, t. 3, p. 201, notre *Question* 1270.]]

ART. 872. Le jugement de séparation sera lu publiquement, l'audience tenante, au tribunal de commerce du lieu, s'il y en a : extrait de ce jugement, contenant la date, la désignation du tribunal où il a été rendu, les noms, prénoms, profession et demeure des époux, sera inséré sur un tableau à ce destiné, et exposé pendant un an, dans l'auditoire des tribunaux de première instance et de commerce du domicile du mari, même lorsqu'il ne sera pas négociant, et, s'il n'y a pas de tribunal de commerce, dans la principale salle de la maison commune du domicile du mari. Pareil extrait sera inséré au tableau exposé en la chambre des avoués et notaires, s'il y en a. La femme ne pourra commencer l'exécution du jugement que du jour où les formalités ci-dessus auront été remplies, sans que néanmoins il soit nécessaire d'attendre l'expiration du susdit délai d'un an.

Le tout, sans préjudice des dispositions portées en l'article 1445 du Code civil.

Tarif, 70, 75 et 92. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 358, nos 28 à 31.] — Cod. civ., art. 1443, 1444, 1445. — Cod. comm., art. 65, 66 et 67. — Décis. du ministre des finances du 27 juin 1809. — Cod. proc. civ., art. 866. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Séparation de biens*, nos 23, 24, 26, 27 à 33, 36, 46, 47, 48, 57 à 63, 66 à 74, 77 à 81, 83 à 85 et 87. — Devilleneuve, *eod. verb.*, nos 25 à 32 et 36 à 59. — Arm. Dalloz, *eod. verb.* nos 97, à 102, 105, 107, 108, 110 à 113, 117, 118, 120 à 122, 124 à 130, 132 à 135, 137 à 156. — Locré, t. 23, p. 60, 130, nos 28 et 219, *compl.* IX.

QUESTIONS TRAITÉES : La femme séparée de biens peut-elle quitter le domicile de son mari, sous prétexte d'aller administrer ses biens? *Q.* 2942 *bis.* — Si le jugement est rendu par défaut ou attaqué par appel, les formalités préalables à l'exécution doivent-elles également être remplies dans la quinzaine? *Q.* 2943. — Peuvent-elles l'être avant la signification du jugement? *Q.* 2944. — Comment doit-

on exécuter le jugement en ce qui concerne l'acte authentique exigé par l'art. 1444 pour effectuer le paiement des droits de la femme, lorsque le mari ne se présente pas? *Q.* 2945. — Qu'est-ce que l'on doit faire pour opérer la lecture du jugement au tribunal de commerce? *Q.* 2946.—L'accomplissement des formalités de l'art. 872 est-il prescrit, dans tous les cas, à peine de nullité? *Q.*2946 *bis* — Par ces expressions de l'art. 872 : *Tribunal de commerce du lieu*, *tribunal de commerce du domicile*, faut-il entendre le tribunal du lieu où réside le mari, ou bien celui de l'arrondissement? *Q.* 2946 *ter.* — Comment une femme peut-elle exécuter le jugement de séparation, lorsque le mari est en faillite? *Q.* 2947. — Lorsque le jugement a été rendu contradictoirement avec les syndics de la faillite, au profit de l'épouse, peut-on exiger une liquidation complète et réelle de ses reprises, ou n'est-elle tenue qu'à justifier de ses diligences quant à l'exécution de ce jugement? *Q.* 2947 *bis.* — L'insertion de l'extrait du jugement au tableau de l'auditoire du tribunal de commerce doit-elle avoir lieu, encore bien que le mari ne soit pas négociant? *Q.* 2948. — Est-il nécessaire, *à peine de nullité*, que le jugement prononçant une séparation de biens soit inséré dans les journaux? *Q.* 2948 *bis.* — L'exposition dans la chambre des avoués et des notaires doit-elle durer un an, quoique l'art. 872 ne paraisse exiger ce délai que pour l'exposition dans les tribunaux? *Q.* 2949.— Si l'exécution du jugement n'était commencée qu'après la quinzaine de sa prononciation, la séparation serait elle nulle, conformément à l'art. 1444 du Code civil? *Quid* si le défaut d'exécution dans le délai voulu ne pouvait être imputé qu'à des circonstances indépendantes de la volonté de la femme? *Q.* 2950. — Quand y a-t-il EXÉCUTION SUFFISANTE *du jugement de séparation? Q.* 2950 *bis.* — Le jugement est-il nul si le paiement des reprises de la femme qu'il autorise n'est pas entièrement réalisé dans la quinzaine? *Q.* 2950 *ter.* — La poursuite en liquidation de ses reprises, exercée par la femme dans la quinzaine du jugement, est-elle une exécution suffisante de ce jugement? *Q.* 2950 *quater.* — Que doit-on faire pour exécuter le jugement conformément aux art. 1444, Cod. civ., et 872, Cod. proc. civ., lorsque le mari n'a aucun bien? *Q.* 2951. — Peut-on considérer comme un commencement de poursuites la simple signification du jugement? *Q.* 2952. —La citation en conciliation donnée par la femme à son mari, en exécution d'un jugement de séparation, peut elle être regardée comme un commencement de poursuites, si elle n'a pas été suivie, dans le mois à compter de la non-conciliation, d'une demande en justice? *Q.*2952 *bis.*—Une saisie-arrêt constitue-t-elle une exécution suffisante du jugement qui prononce la séparation de biens? *Q.* 2952 *ter.* — Le jugement est-il suffisamment exécuté dans le sens de l'art. 1444, Cod. civ., par un commandement dans la quinzaine, suivi d'une cession authentique faite par le mari à la femme de tout le mobilier garnissant le domicile conjugal, et par la reprise en nature du mobilier propre à la femme, lorsqu'il est constant que le mari possédait encore des biens immobiliers? *Q.* 2952 *quater.* — Quand y a-t il INTERRUPTION DE POURSUITES? *Q.* 2953. — Une séparation de biens judiciaire est-elle nulle, si le jugement qui l'a prononcée a été, dans la quinzaine de son obtention signifié avec commandement de payer, suivi seulement cinq mois après d'un procès verbal de carence? *Q.* 2953 *bis.*— Une femme séparée de biens est-elle censée interrompre les poursuites par elle commencées dans la quinzaine du jugement de séparation, par cela seul qu'ayant à combattre un créancier de son mari, elle cesse d'agir directement contre ce dernier pour plaider contre le créancier en présence de son mari? *Q.* 2953 *ter.* — Comment exécuter l'art 1444, si la séparation avait été prononcée dans une espèce où la femme n'eût ni droits ni reprises à exercer? *Q.* 2954. — Comment s'effectue l'exécution du jugement? *Q.* 2955. — Le défaut d'exécution d'un jugement de séparation de biens entraîne-t il la nullité, non-seulement du jugement, mais encore de toute l'instance qui l'a précédé? *Q.* 2955 *bis.* — Lorsque le jugement de séparation a été attaqué par appel, et qu'il est confirmé, les actes faits en exécution des art. 1445, Cod. civ., et 872, Cod. proc. civ., doivent-ils avoir leur effet, ou ne doit-on pas les renouveler en exécution de l'arrêt confirmatif? *Q.* 2956. — Mais si l'exécution n'avait pas eu lieu en conformité de l'art. 1444, Cod. civ., le délai ne courrait-il pas utilement à partir de l'arrêt confirmatif? *Q.* 2957 (1).]

DXLVII. Plusieurs des formalités prescrites par cet article sont nouvelles; d'autres, comme nous l'avons dit aux préliminaires du titre, ne s'observaient que pour les séparations des femmes de commerçants (2). L'art. 872 les rend générales, et cette mesure est conforme à la justice. En effet, sait-on toujours positivement si le débiteur est vraiment négociant ou ne l'est pas? D'ailleurs, les créanciers négociants de tout débiteur, quel qu'il soit, n'ont-ils pas intérêt de connaître sa position? Enfin, les créanciers quelconques de tout

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

Il y a exécution suffisante d'un jugement de séparation de biens dans le sens de l'art. 1444, Cod. civ., lorsque, dans la quinzaine, la femme l'a fait signifier à son mari avec commandement de payer les frais, et a repris la possession de ses biens, surtout si c'est par le fait des juges qui ont ordonné une plus ample instruction que le paiement des reprises n'a pas été effectué. Cassat., 30 mars 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 305). *Voy.* nos *Quest.* 2950 *bis*, 2950 *ter* et suiv.]

(2) *Voy.* ordonnance de 1673, tit. 8, et même l'art. 1445, Cod. civ.

individu n'ont-ils pas le même intérêt et ne sont-ils pas également favorables? (Voy., *en outre, ce que nous avons déjà dit à cet égard aux préliminaires du titre*, in fine, p. 409.)

[[**2942** bis. *La femme séparée de biens peut-elle quitter le domicile de son mari, sous prétexte d'aller administrer ses biens?*

Non, dit M. PIGEAU, *Comment.*, t 2, p. 568, parce que si la femme pouvait se permettre une telle licence, toute séparation de biens équivaudrait par le fait à une séparation de corps; l'autorité maritale serait méprisée, anéantie, et l'art. 214 du Code civil, qui fait à la femme une obligation de cohabiter avec son mari, quel que soit le régime des conventions matrimoniales des époux, serait sans cesse violé. Il cite ensuite à l'appui de cette opinion, que nous partageons, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22 prair. an XIII (*Jurisprudence du Code civil*, t. 4, p. 393; *voy.* DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.2.60 et la note), qui a décidé que la femme séparée ne pouvait s'absenter du domicile marital, pour raison d'administration de ses biens, sans obtenir *chaque fois* une permission spéciale de son mari, ou celle de la justice en cas de refus mal fondé du mari, et qui ordonna, dans l'espèce, que la femme fût contrainte par la saisie de ses revenus, et même en cas de besoin, par tous moyens de contrainte ultérieurs, à rentrer dans la maison maritale.

A la vérité, un arrêt de la Cour royale d'Amiens (*Jurisp. du Cod. civ.*, t. 10, p. 398), a dispensé une femme séparée de biens de demeurer chez son mari; mais parce que la demeure de celui-ci n'était ni convenable ni décente pour elle, et que d'ailleurs elle lui offrait de le recevoir chez elle.

Il faut donc tenir pour certain que la femme serait irrecevable dans une pareille demande, mais qu'ici, comme en d'autres cas (V. *suprà*, *Quest.* 2932 *ter*), la rigueur des principes peut fléchir quelquefois devant la gravité des circonstances.]]

2943. *Si le jugement est rendu par défaut, ou attaqué par appel, les formalités préalables à l'exécution doivent-elles également être remplies dans la quinzaine?*

2944. *Peuvent-elles l'être avant la signification du jugement?*

Oui, sans doute; mais si une opposition ou un appel était signifié avant l'expiration de ce délai, nous pensons que l'on ne pourrait reprocher à la femme de n'avoir pas rempli, dans ce même délai, les formalités dont il s'agit; elle n'aurait à s'y conformer qu'après le jugement à rendre sur l'opposition ou l'arrêt à intervenir sur l'appel, parce que le jugement par défaut, attaqué par opposition, et tout jugement entrepris par appel, sont considérés comme non avenus, jusqu'à ce qu'il ait été prononcé sur cette opposition ou sur cet appel.

Ainsi, dans le cas où l'opposition est déclarée non recevable, le délai pour faire lire et afficher le jugement par défaut nous paraît ne devoir courir que du jour de la décision qui a rejeté l'opposition; si elle est admise, et qu'il intervienne au fond un jugement qui prononce la séparation, c'est ce dernier jugement qui doit être lu et affiché, de même que s'il intervient, sur l'appel, arrêt confirmatif, c'est cet arrêt qui est soumis aux formalités dont il s'agit dans l'art. 872.

M. DELAPORTE, t. 2, p. 407, va plus loin : il pense que le délai pour l'accomplissement de ces formalités ne peut courir tant que le jugement n'a pas acquis l'autorité de la chose jugée. S'il est par défaut, dit cet auteur, il faut attendre le délai de l'opposition.

Nous ne croyons pas que l'on puisse agir de la sorte. En effet, la loi ne distingue point entre les jugements par défaut et les jugements contradictoires. D'ailleurs, les délais d'opposition ne courent que du jour de la signification du jugement, quand le jugement est rendu faute de plaider, ou à partir de l'exécution, s'il est rendu faute de comparaître : il dépendrait donc de la femme de prolonger ce délai, en ne faisant pas signifier le jugement, et, par ce moyen, d'en retarder indéfiniment l'exécution. C'est au contraire ce que la loi a voulu empêcher, en ordonnant que cette exécution aura lieu dans la quinzaine de la prononciation.

On peut donc, comme l'a jugé la Cour de Turin, par l'arrêt du 4 janv. 1811, déjà cité sur la *Quest.* 2935, commencer à accomplir, avant la signification du jugement, les formalités préalables à son exécution; mais il faudra du moins que cette signification ait eu lieu pour que l'exécution en soit valablement entamée par des poursuites de la femme, conformément aux art. 1444 du Code civil, et 873 du Code de procédure.

Tels sont les motifs sur lesquels nous fondions, dans notre *Analyse*, la solution des *Quest.* 2717 et 2718. Mais comme cette solution a encore trouvé des contradicteurs, nous ajouterons ici quelques observations, afin de prouver plus complétement que les suites tendant à l'exécution du jugement de séparation de biens peuvent être commencées dans la première huitaine de la prononciation, nonobstant la disposition de l'art. 155 du Code de procédure.

Et d'abord, c'est un principe certain (L. 80, ff., *de Reg. jur.*) que les lois spéciales doivent être exécutées de préférence aux lois générales, *même postérieures*, lorsque celles-ci n'y ont pas dérogé d'une manière positive. (*Voy.* notre introduction.)

Or, l'art. 1444 du Code civil renferme une disposition spéciale pour l'exécution du jugement de séparation de biens, à laquelle la disposition générale de l'art. 155 du Code de procédure ne peut être réputée avoir dérogé, puisqu'elle ne s'en explique pas, et que, d'un autre côté, l'art. 872 garde sur ce point le même silence.

Cette considération suffit pour démontrer que l'on peut procéder à cette exécution avant la huitaine, que l'art. 155 ne fait courir que du jour de la signification à avoué, en cas de défaut *faute de plaider*, et du jour de celle qui l'aurait été à personne ou domicile, s'il a été prononcé *contre partie.*

En effet, l'art. 1444, exigeant que l'exécution soit commencée dans la quinzaine de la prononciation, cesserait de produire son effet, suivant la volonté du législateur, s'il était nécessaire d'attendre l'expiration de huitaine après la signification.

Il faut donc, pour tout concilier, reconnaître, comme nous l'avons dit ci-dessus, que l'on peut exécuter avant la signification, sauf à ne déclarer l'exécution valable qu'autant que la signification ait eu lieu ensuite.

Cette faculté d'exécuter avant la signification étant incontestable, non-seulement d'après les raisons que nous en avons données, mais suivant un arrêt de la Cour de cassation du 11 déc. 1810 (S. 11.1.77), il s'ensuit évidemment que le jugement peut être exécuté pendant la première huitaine, puisque le délai d'opposition ne court qu'à partir de cette signification.

On sent, au reste, qu'il est facile de prévenir toute difficulté, lorsque les droits de la femme sont établis par contrat de mariage, en faisant ordonner l'exécution provisoire, conformément à l'art. 155 lui-même.

[[Nous adhérons complétement à cette doctrine, que deux arrêts ont consacrée : Amiens, 19 fév. 1824 (*J. Av.*, t. 26, p. 99), et Toulouse, 23 août 1827 (*J. Av.*, t. 35, p. 296), et que partagent MM. Thomine Desmazures, t. 2, p. 478; Pigeau, liv. 3, *Séparation des biens*, IX, de *l'Exécution du jugement de séparation*, not. 1re, § 2, et Favard de Langlade, t. 5, p. 104, n° 8, avec

cette distinction, néanmoins, que ce dernier auteur pense, comme M. Carré, que si le jugement est attaqué par opposition ou par appel dans la quinzaine de la prononciation, la femme doit surseoir, parce qu'un jugement ainsi entrepris est considéré comme non avenu, tant qu'il n'a pas été statué sur l'opposition ou l'appel. (*Voy.* nos principes sur les effets de l'opposition, t. 2, p. 87, *Quest.* 661.)]]

2945. *Comment doit-on exécuter le jugement, en ce qui concerne l'acte authentique exigé par l'art.* 1444, *pour effectuer le paiement des droits de la femme, lorsque le mari ne se présente pas?*

Nous pensons qu'en cette circonstance la femme doit l'assigner à comparaître devant le tribunal, afin d'y procéder à la liquidation, soit par le juge, soit par un notaire commis; autrement, la femme ne pourrait parvenir à se procurer l'acte authentique exigé par l'art. 1444, puisque le notaire ne peut, hors de la présence d'une des parties, dresser un acte qui obligerait celle-ci.

[[Cette opinion nous paraît conforme à ce que M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 476, enseigne du mode de procédure ordinaire auquel le jugement de séparation renvoie les époux pour opérer la liquidation de leurs droits.]]

2946. *Qu'est-ce que l'on doit faire pour opérer la lecture du jugement au tribunal de commerce?*

On doit, dit M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 545, porter le jugement au tribunal, afin que la lecture à faire soit inscrite sur le rôle pour être appelée avant toute cause. Il est d'usage, ajoute ce commentateur, que l'on charge quelqu'un de se rendre à l'audience, pour demander, par forme de conclusions, que le tribunal ordonne cette lecture, après laquelle on demande qu'il en soit donné acte par jugement.

Aucun des autres commentateurs ne parle de l'enrôlement de la lecture à faire, et ne dit qu'il soit besoin d'obtenir jugement qui en décerne acte. M. HAUTEFEUILLE, p. 490, dit au contraire qu'il suffit que le greffier certifie, au pied du jugement, que la lecture a été faite, et telle est notre opinion, conforme à celle de M. PIGEAU, t. 2, p. 500.

[[C'est aussi la nôtre, comme celle de M. SUDRAUD-DESISLES, qui enseigne (p. 360, n° 1246), que cette lecture est faite par le greffier, et ne lui procure aucun émolument spécial.]]

[[**2946** bis. *L'accomplissement des formalités de l'art.* 872 *est-il prescrit, dans tous les cas, à peine de nullité?*

L'absence de ces expressions, en quelque sorte sacramentelles, a pu faire douter quelques auteurs de la nécessité de ces formes, et a même porté M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 672, not. 4, à soutenir que la loi n'a pas entendu les sanctionner par une peine si rigoureuse, et qu'ainsi leur inobservation, spécialement le défaut d'insertion du jugement, n'entraînerait point sa nullité.

La Cour de Bruxelles, le 26 juin 1828 (*Journ.* de cette Cour, 1828.2.47), a paru admettre le même système, en repoussant le moyen de nullité pris de ce que le jugement n'aurait pas été, à défaut de tribunal de commerce, affiché dans la salle principale de la maison commune du domicile du mari; mais il faut remarquer que cette Cour s'est fondée sur ce que, l'insertion ayant été faite dans l'auditoire du tribunal de première instance, la double formalité exigée par la loi se trouvait accomplie, puisque ce tribunal remplissait les fonctions du tribunal de commerce, qui n'existait pas dans l'arrondissement.

Cet argument n'est conforme ni au texte, ni à l'esprit de l'art. 872. Ce que veut la loi, c'est une double publicité : publicité au tribunal civil, publicité au tribunal de commerce; si ce dernier n'existe pas, le législateur, qui certainement n'a pas oublié que le tribunal civil en remplit l'office, exige cependant l'insertion dans la salle principale de la maison commune. L'exige-t-il à peine de nullité? Voilà toute la question.

Or, l'affirmative sur ce point nous semble incontestable ; dans l'intention du législateur, l'art. 872 n'est que le complément de l'art. 1445, Cod. ciT. *Voy.* rapport au Tribunat et observations de ce corps (LOCRÉ, t. 23, p. 130, n° 28). Les termes de cette dernière disposition sont formels : « Toute séparation de biens « doit, avant son exécution, être rendue publique...., et ce, à peine de nullité « de l'exécution. » A la vérité, l'art. 872, Cod. proc. civ., a ajouté quelques nouvelles formalités à celles auxquelles s'applique cette disposition; mais toutes se confondent dans le même objet; elles doivent être protégées par la même sanction : ce qui le prouve jusqu'à la dernière évidence, ce sont les derniers mots de l'art. 872 : « La femme *ne pourra* commencer l'exécution du jugement « *que du jour* où les formalités ci-dessus auront été remplies. »

Cette solution a été formellement consacrée par la Cour d'Amiens, 21 déc. 1825 (*J. Av.*, t. 31, p. 174), et implicitement par un grand nombre d'arrêts : *Voy.* surtout, Paris, 12 mars 1814 (*J. Av.*, t. 21, p. 101).]]

[[**2946** ter. *Par ces expressions de l'art.* 872 : TRIBUNAL DE COMMERCE DU LIEU, TRIBUNAL DE COMMERCE DU DOMICILE, *faut-il entendre le tribunal du lieu où réside le mari ou bien celui de l'arrondissement?*

Les termes vagues et équivoques de l'art. 872 ont fait naître cette difficulté, sur la solution de laquelle la jurisprudence des diverses Cours royales est loin d'être fixée.

La Cour de Montpellier, 18 mars 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 554; DEVILL., 1831, 2.229), a jugé que ce n'est pas au tribunal de commerce de l'arrondissement que doit être affiché le jugement, mais à la maison commune du lieu où réside le mari, lorsque, dans ce lieu, il n'existe pas de tribunal de commerce. C'est aussi ce que paraît admettre l'arrêt d'Amiens, 21 déc. 1825, cité sur la question précédente.

Conformément au même principe, la Cour de Montpellier avait déjà décidé, le 11 juill. 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 161), qu'en ce qui concerne la lecture du jugement, cette formalité ne doit pas être remplie, s'il n'existe pas de tribunal de commerce au lieu de la résidence, puisque, à ce tribunal, la loi n'en substitue aucun autre, comme lorsqu'il s'agit de l'insertion.

Ainsi, d'après ce système, c'est taxativement le tribunal de la localité où réside le mari que l'art. 872 a voulu indiquer, soit pour la publication, soit pour la lecture. A défaut de ce tribunal, la lecture n'aura pas lieu : l'insertion sera faite à la maison commune.

Ce n'est pas ainsi que d'autres arrêts ont entendu cette disposition :

La Cour de Toulouse, 18 juin 1835 (*J. Av.*, t. 51, p. 485 ; DEVILL., 1836.2.191) a admis que, par ces mots : *tribunal du lieu,* la loi entendait le tribunal dans le ressort duquel habitent les époux; qu'ainsi, sur quelque point de la circonscription que le tribunal soit établi, c'est là que la lecture doit être faite, et, comme il est dit sur la question précédente, *à peine de nullité.*

La même interprétation se retrouve plus longuement développée dans un arrêt de Bruxelles, 17 déc. 1836 (*Journ.* de cette Cour, 1836.2.491), et étendue à l'insertion de l'extrait du jugement. Les mots : *Tribunal du domicile* du mari, signifient donc, d'après cette Cour : *Tribunal du ressort.*

Quant à nous, il nous semble que cette question est assez facile à résoudre.

D'abord, en ce qui concerne l'insertion qui doit être faite dans la chambre des avoués et des notaires, *s'il y en a,* il nous paraît évident que la loi entend parler ici du lieu où réside le mari, et non de celui où siége le tribunal de première instance, et où il existe toujours des chambres de cette nature.

Ces autres termes, *Maison commune du domicile du mari*, sont encore plus clairs : Il ne peut s'agir là que de la maison commune du lieu qu'il habite.

Mais que faut-il entendre par TRIBUNAL DU DOMICILE DU MARI? Le sens ordinaire de ces mots, remarquons-le tout d'abord, est celui-ci : *tribunal du ressort*, et non *de la localité*. C'est ainsi que l'art. 50 dit que le défendeur sera cité devant le juge de paix de son *domicile*, et l'art. 61, qu'il sera assigné devant le tribunal de son *domicile*, *etc.*

Il serait facile de multiplier les citations de ce genre.

Ce qui fait, dans le cas actuel, la raison de douter, c'est que l'art. 872 ajoute immédiatement : *et s'il n'y a pas de tribunal de commerce,* d'où l'on conclut qu'il s'agit ici de la localité et non du ressort.

Mais on peut répondre qu'il n'existe pas de tribunaux de commerce dans tous les arrondissements, et que c'est dans cette hypothèse que l'article a statué comme nous venons de le voir.

Il suffit d'ailleurs, ce nous semble, de combiner les diverses parties de l'article pour se convaincre que cette interprétation est la seule admissible : « Extrait du jugement... sera inséré dans l'auditoire *des tribunaux de première instance et de commerce du domicile du mari.* » Cette manière de s'exprimer montre évidemment que la loi entendait donner le même sens au mot de *domicile,* qu'il s'agît de l'un ou de l'autre de ces tribunaux.

Or, est-il possible de soutenir qu'ici *tribunal civil* veut dire : *tribunal de la localité?* Mais il en résulterait qu'à défaut de tribunal civil dans la localité, l'insertion ne pourrait être faite; interprétation tellement absurde, tellement contraire à l'usage, qu'il est même inutile de s'y arrêter.

Tribunal civil du domicile signifie donc : *tribunal dans le ressort duquel l'époux est domicilié.* Il est clair dès lors que : *tribunal de commerce du domicile* a nécessairement le même sens : la construction de la phrase suffirait pour le démontrer. Ainsi, lorsque la loi ajoute : s'il n'y a pas de tribunal de commerce, c'est comme si elle disait : s'il n'y a pas de tribunal de commerce dans le ressort : il ne suffira point, dans ce cas, d'effectuer l'insertion dans l'auditoire du tribunal civil qui en remplit l'office, il faut encore la faire dans la salle principale de la maison commune *du domicile du mari.* Ces derniers mots, qui ne se trouvaient pas dans le projet primitif, furent ajoutés sur la proposition du Tribunat, qui craignait sans doute que, par *maison commune,* on n'entendît celle dont il était précédemment parlé, c'est-à-dire la maison commune du chef-lieu ; mais on voit que cette addition est la principale cause de l'obscurité de l'article et des divergences qui en ont été la suite.

Ce que nous disons de l'insertion, nous le dirons, par les mêmes motifs, de la lecture : l'art. 872 ne se sert plus, il est vrai, de ces mots : tribunal de commerce *du domicile*, mais bien de ceux-ci ; tribunal de commerce *du lieu.* Toutefois cette différence nous paraît peu importante. Le lieu comprend en général la circonscription juridictionnelle, et lorsque la loi parle du tribunal du *lieu*, elle entend parler du tribunal du ressort. D'ailleurs, en remontant à son esprit, on trouve, quoique l'importance de l'insertion soit plus grande que celle de la lecture, que l'objet de ces deux formalités est le même, et l'on ne voit pas pourquoi toutes deux ne s'accompliraient pas devant le même tribunal.]]

2947. *Comment une femme peut-elle exécuter le jugement de séparation lorsque le mari est en faillite?*

En ce cas, la femme ne peut obtenir du mari le paiement, qui, suivant l'article 1444, Cod. civ., doit être effectué dans la quinzaine; elle ne peut non plus commencer et continuer contre lui les poursuites exigées par le même article, puisque l'art. 494, Cod. comm., veut que toutes poursuites contre le failli soient dirigées contre les syndics; enfin il ne reste à la femme aucune voie d'exécution ordinaire sur les biens, puisque le mari est dépossédé.

Dans cet état de choses, la femme ne peut donc que se pourvoir dans la faillite, en remettant son jugement aux syndics, et en y joignant l'état de ses reprises et ses titres.

[[C'est en vertu des mêmes principes qu'il a été jugé par la Cour de Bourges, le 24 mai 1826 (*J. Av.*, t. 33, p. 383), que non-seulement la femme devait actionner les syndics concurremment avec son mari, mais encore qu'il lui fallait, s'ils étaient en retard d'accepter, provoquer leur acceptation, et en cas de refus, en faire nommer d'autres. On conçoit en effet que c'est le seul moyen qui lui reste de régulariser les poursuites à fin d'exécution.]]

[[**2947** bis. *Lorsque le jugement a été rendu contradictoirement avec les syndics de la faillite au profit de l'épouse, peut-on exiger une liquidation complète et réelle de ses reprises, ou n'est-elle tenue qu'à justifier de ses diligences quant à l'exécution de ce jugement?*

Le mari, qui serait assigné en liquidation de reprises, se trouvant frappé d'impuissance par le fait même de la faillite, il est évident que tout ce qu'on peut raisonnablement exiger de la femme, c'est qu'elle présente, dans les délais voulus et avec les titres qu'elle possède à l'appui, l'état de ces mêmes reprises à ceux que la loi déclare exclusivement investis du droit de les discuter, et qui peuvent seuls, contradictoirement avec elle, en arrêter la liquidation.

Remarquons en outre que le but dominant de l'art. 1444, Cod. civ., étant de prévenir autant que possible les séparations concertées, toute présomption de fraude s'évanouit du moment que la femme a fait, à l'égard du paiement de ses reprises, toutes les diligences qu'il était en son pouvoir de réaliser, et que les syndics, contradictoirement avec lesquels, d'ailleurs, le jugement a été rendu, ne peuvent prétexter cause d'ignorance du péril qu'a couru la dot de la femme, puisqu'ils n'agissent eux-mêmes qu'en vertu de la faillite qui a été déclarée.

C'est aussi ce qu'a décidé un arrêt de la Cour d'Orléans du 12 nov. 1817 (*J. Av.*, t. 21, p. 105).]]

2948. *L'insertion de l'extrait du jugement au tableau de l'auditoire du tribunal de commerce doit-elle avoir lieu, encore bien que le mari ne soit pas négociant?*

Oui, parce que l'art. 872 ne fait, relativement à cette formalité, aucune distinction du mari négociant et de celui qui ne l'est pas, et étend ainsi la disposition de l'art. 1445, Cod. civ., qui ne prescrivait l'insertion dont il s'agit que pour le premier cas. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 499, et HAUTEFEUILLE, p. 490.)

M. le tribun Mouricaut (*Voy.* édit. de F. Didot, p. 316), dans son rapport au Corps législatif, a donné la raison de cette dérogation, que MM. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 516, et DELAPORTE, t. 2, p. 408, n'admettent pas. Mais M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 672, not. 14, fait observer que, l'art. 1445, Cod. civ., n'exigeant pas l'affiche dans l'auditoire du tribunal de commerce, lorsque le mar-

n'est pas négociant, il paraît que, dans ce cas, il n'y aurait pas nullité parce que l'art. 872, Cod. proc. civ., en dérogeant à celui-là, n'a pas répété la peine.

Le principe que l'on ne peut suppléer des nullités vient sans doute appuyer cette observation de M. Berriat Saint-Prix; mais aussi l'on peut remarquer, d'après ces expressions de M. Mouricaut, *il a paru juste de rendre* GÉNÉRALES *des formalités qui ne s'observaient que pour les séparations des femmes des commerçants, etc.*, qu'il a été dans l'intention du législateur d'exiger aussi rigoureusement pour les autres séparations l'accomplissement des formalités dont il s'agit.

D'ailleurs, l'art. 872 portant que la femme ne peut commencer l'exécution du jugement qu'autant que celles qu'il prescrit auront été remplies, il en résulterait que ce commencement d'exécution serait nul, si l'une d'elles ne l'avait pas été. Quant aux règles et précautions relatives à la séparation des femmes des commerçants, voy. Cod. de comm., art. 66 et suiv.

[[*Voy.* aussi deux arrêts des Cours de Caen, 15 juill. 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 176), et de Colmar, 30 nov. 1838 (*J. Av.*, t. 56, p. 106).

Nous partageons, avec M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 476, l'opinion de M. Carré.]]

[[**2948** bis. *Est-il nécessaire, à peine de nullité, que le jugement prononçant une séparation de biens soit inséré dans les journaux?*

Non, puisque l'art. 872 ne l'exige pas, et que la raison qu'on prétend tirer de ce que l'art. 92 du Tarif accorde un droit à l'avoué pour faire cette insertion demeure sans force devant le principe qu'on ne peut suppléer les nullités. C'est aussi ce qu'a décidé un arrêt de la Cour de Bordeaux du 30 juill. 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 145; DEVILL., 1834.2.36).]]

2949. *L'exposition dans la chambre des avoués et des notaires doit-elle durer un an, quoique l'art.* 872 *ne paraisse exiger ce délai que pour l'exposition dans les tribunaux?*

Oui, dit M. PIGEAU, t. 2, p. 499, parce qu'il y a même motif pour l'une et pour l'autre.

C'est, au reste, ce que supposent les dernières expressions de l'art. 872, qui, en parlant aussi *du délai d'un an*, paraissent le faire rapporter à toutes les formalités que ce même article prescrit.

[[Tel est, ajoute M. PIGEAU, dans son *Comm.*, p. 568, n° 4, l'esprit de l'article : On n'a pas jugé nécessaire, pour qu'il fût compris, de répéter cette disposition. M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 477, n° 101, adopte avec raison les sentiments de ces auteurs.]]

2950. *Si l'exécution du jugement n'était commencée qu'après la quinzaine de sa prononciation, la séparation serait-elle nulle, conformément à l'art.* 1444 *du Code civil?* [[Quid *Si le défaut d'exécution dans les délais voulus ne pouvait être imputé qu'à des circonstances indépendantes de la volonté de la femme?*]]

C'est demander, en d'autres termes, s'il a été dérogé à l'art. 1444 du Code civil par l'art. 872 du Code de procédure, qui exige l'accomplissement d'un grand nombre de formalités préalables à l'exécution du jugement de séparation, et qui paraît supposer que l'on peut commencer cette exécution après la quinzaine, puisqu'il dit *qu'il n'est pas nécessaire d'attendre l'expiration du délai d'un an pendant lequel le jugement doit être affiché.*

Il faut remarquer en outre que ce même article, au lieu de renvoyer à l'article 1444 du Code civil, ne renvoie qu'à l'art. 1445, qui prescrit d'autres formalités à remplir avant la mise à exécution du jugement.

La question fut discutée à la Cour de cassation, dans les plaidoiries sur lesquelles intervint un arrêt du 11 déc. 1810 (S. 11.1.77), mais la Cour suprême la laissa indécise, parce qu'il s'agissait d'une séparation prononcée en l'an XII, avant la mise en activité du Code de procédure; ce que la Cour eut soin de faire remarquer par ces mots : *attendu que le jugement qui prononce la séparation de biens est du 4 messidor an XII.*

Nous avons donc à traiter, indépendamment de la décision dont nous avions cru pouvoir argumenter, cette question, sur laquelle les Cours et les auteurs ne sont pas d'accord.

Premièrement, la Cour de Limoges, par arrêts des 24 décembre 1811 (*Voy.* S. 14.2.12; et *J. Av.*, t. 21, p. 80), et 10 avril 1812 (S. 14.2.13, et *J. Av.*, *eod. loco*), a jugé que, l'art. 872 du Code de procédure dérogeant implicitement à l'art. 1444 du Code civil, la femme avait eu la faculté de commencer ses poursuites après le délai de quinzaine, et avant le délai de l'année fixé par le premier article.

Secondement, la Cour de Rouen, par arrêt du 27 avril 1816 (S. 1816.2.216, et *J. Av.*, t. 21, p. 80), a jugé le contraire, en déclarant qu'il n'y avait aucune contrariété entre les deux objets de la difficulté, et en annulant par ce motif, et conformément à l'art. 1444, une séparation qui n'avait pas reçu de commencement d'exécution dans la quinzaine.

Parmi les auteurs, ceux du *Commentaire des Annales du notariat, t.* 5, p. 563, sont les seuls qui aient abordé directement la difficulté, pour rejeter le système de dérogation adopté par les arrêts de Limoges. Ils se fondent, 1° sur ce que les dispositions de l'art. 1444 sont formelles, au lieu que celles de l'art. 872 sont obscures et équivoques; 2° sur ce qu'au tribunal de première instance de Paris, on tient pour maxime constante que le jugement de séparation doit, même encore aujourd'hui, être exécuté dans la quinzaine de sa prononciation.

Il nous semble assez facile de prouver qu'on doit s'en tenir à cette dernière opinion.

Toute la difficulté tient, en effet, à ces termes de l'art. 872, *la femme ne pourra commencer l'exécution du jugement que du jour où les formalités auront été remplies, sans que néanmoins il soit nécessaire d'attendre l'expiration du susdit délai d'un an.*

Or, il est à remarquer que ce délai d'un an est donné pour la durée de l'exposition de l'extrait du jugement de séparation au tableau de l'auditoire.

La section du Tribunat fit, au conseil d'Etat, l'observation *qu'il convenait d'empêcher qu'on ne pensât que la femme dût attendre l'expiration de l'année pour commencer l'exécution.*

Ce fut sur cette observation, dit M. LOCRÉ, t. 4, p. 107, que l'on ajouta les derniers mots de l'article, et, par conséquent, on doit reconnaître qu'ils ne signifient autre chose, si ce n'est que la femme ne doit pas attendre l'expiration du délai pour commencer l'exécution. Ainsi, l'art. 1444 voulant impérieusement que cette exécution soit commencée dans ce délai, il doit encore recevoir son application. Loin que l'art. 872 du Code de procédure s'y oppose, sa disposition finale n'a au contraire pour objet que d'empêcher que l'on tire cette conséquence de celles qui la précèdent.

A la vérité, la phrase n'est pas clairement conçue, et ces mots, *sans qu'il soit nécessaire*, ont pu porter à croire que la femme avait la faculté de ne commencer l'exécution qu'après les quinze jours, pourvu qu'elle ne laissât pas expirer l'année; et c'est aussi ce que semblent admettre les auteurs du *Pra-*

ticien, t. 5, p. 141; mais la raison donnée par la section du Tribunat, de l'addition de cette phrase à l'article du projet, lève toute incertitude.

Au surplus, on ne présume point facilement une dérogation à une loi expresse, et celle dont il s'agit eût été trop importante pour que le législateur n'eût pas exprimé d'une manière formelle, dans l'art. 872, celle qu'il eût entendu faire à l'art. 1444. C'est un principe incontestable, en matière d'interprétation, que deux dispositions contraires doivent, autant que possible, produire chacune leur effet, suivant les vues du législateur. Tel est le résultat de l'opinion consacrée par l'arrêt de Rouen.

Combinant, d'après ces observations, les deux articles dont il s'agit, nous concluons que la femme est obligée à commencer l'exécution du jugement dans la quinzaine, conformément à l'art. 1444, sans attendre l'expiration du délai d'un an, qui n'a pour objet que la durée de l'insertion de ce jugement au tableau. C'est aussi ce qu'ont dit, mais sans discuter la difficulté, M. DEMIAU, p. 545 et M. PIGEAU, t. 2, p. 500; mais M. BERRIAT, p. 673, not. 15, déclare pencher pour la doctrine de la Cour de Limoges.

Mais, en faveur de la solution que nous avons adoptée, on peut consulter un dernier arrêt de la Cour de cassation du 13 août 1818 (S. 19.1.286), qui déclare nulle et sans effet la séparation de biens qui n'a pas été exécutée ou suivie de poursuites dans la quinzaine de la prononciation, attendu que l'art. 872 du Code de procédure n'a point dérogé à l'art. 1444 du Code civil.

Disons donc que toutes les formalités préalables qui ont fait l'objet des précédentes questions doivent être remplies avant l'expiration de ce délai; d'où résulte une dérogation à l'art. 61 du titre 3 de la loi du 22 frim. an VII, qui accorde 20 jours pour l'enregistrement du jugement, qui, d'après la solution ci-dessus, doit nécessairement être revêtu de cette formalité avant que l'on puisse entamer les poursuites.

[[Cette doctrine n'est plus douteuse, aujourd'hui : adoptée par M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 478, qui ne voit, comme nous, dans les art. 1444 et 872, qu'un concours de publicité et d'exécution dont le but est de prévenir toute collusion de la part des époux, elle se trouve définitivement consacrée par un arrêt de la Cour de cassation du 11 juin 1833 (*J. Av.*, t. 25, p. 205).

Mais, en serait-il de même, si le défaut d'exécution dans les délais prescrits ou l'insuffisance des actes dont on prétend le faire résulter, ne pouvaient être imputés qu'à des circonstances tout à fait indépendantes de la volonté de la femme?

Nous ne le pensons pas : l'impossibilité où se serait trouvée la femme d'exécuter le jugement, aux termes de l'art. 1444 précité, ou de le faire du moins d'une manière plus complète, devrait la relever, selon nous, de la nullité que prononce cet article; il faudrait, dans ce dernier cas, qu'il fût bien établi qu'elle n'avait pu suppléer, par aucun autre équivalent réalisable, au défaut d'exécution régulière dont on voudrait exciper contre elle; condition de rigueur et qui peut seule légitimer une dérogation pareille aux prescriptions de l'art. 1444. (*Voy.* notre question suivante.)

C'est ainsi que l'ont décidé plusieurs Cours; Besançon, 30 juin 1809 (*J. Av.*, t. 21, p. 78; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.2.95), et Grenoble, 24 mars 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 578); et c'est aussi ce que pensait M. Carré, dont nous croyons utile de produire ici l'opinion manuscrite :

« On ne peut imputer à faute à une partie de ne pas avoir rempli les obligations que la loi lui imposait, lorsqu'il est démontré par des faits incontestables qu'elle était dans l'impossibilité de faire les actes exigés d'elle.

« Or, il a été maintenu, lors du jugement de séparation, et énoncé dans les qualités que le mobilier et les marchandises du mari étaient sous le coup d'une saisie-exécution, et que celui-ci avait écrit à ses créanciers pour leur demander

75 de remise par 100. D'un autre côté, le tribunal a reconnu dans ses considérants que les immeubles étaient grevés d'hypothèques, et on y répète que le mari était en état de faillite, et avait depuis longtemps cessé ses paiements.

« Dans cette situation, le jugement ne pouvait être exécuté par le paiement des droits de la femme ; elle était également dans l'impossibilité de commencer des poursuites, aux termes de l'art. 1444.

« En effet, ces poursuites ne peuvent consister qu'en actes d'exécution, tendant au paiement des droits et reprises de la femme ; mais les meubles étaient saisis ; elle n'eût pu que procéder à un récolement ; et cette mesure lui était interdite par la loi elle-même, puisque ses droits n'étaient pas liquidés par le jugement qu'elle avait obtenu, et que l'art. 551, Cod. proc. civ., ne permet de procéder à aucune saisie, si ce n'est en vertu d'un titre exécutoire, et pour chose liquide et certaine ; par la même raison, elle ne pouvait saisir réellement les immeubles.

« Un procès-verbal de carence n'était pas praticable, puisqu'il existait des meubles ; en un mot, aucune poursuite à fin d'exécution pour le paiement de ses droits, ne pouvait être exercée sur la femme Pihuit.

« On objectera sans doute qu'elle devait du moins faire dresser l'acte authentique qui eût liquidé ses reprises, et qu'à ce moyen elle eût pu faire les poursuites dont on vient de parler ; mais on remarquera que cet acte, qui n'eût contenu que cette liquidation sans paiement, n'eût pas été l'acte exigé par l'art. 1444, et que d'ailleurs le mari, étant en faillite, avait perdu la capacité de contracter valablement avec sa femme. Elle n'avait donc, pour exécuter le jugement de séparation, qu'à remettre son jugement aux syndics de la faillite, en y joignant l'état de ses reprises et ses titres, comme il est dit au *Traité et questions de procédure*, n° 1110.

« Dira-t-on que le mari n'était en faillite que par le fait, qu'il n'avait pas déposé son bilan, que la faillite n'était pas déclarée, ni son ouverture fixée?

« On répondra que, dans la circonstance, il était indubitable que cette déclaration de faillite devait être faite, et l'ouverture fixée à l'époque où la femme eût fait liquider ses reprises, par acte passé avec son mari, et que, par conséquent, elle a été suffisamment autorisée à attendre la nomination des syndics. En d'autres termes, puisque, nécessairement, l'ouverture d'une faillite remonte à l'époque de la cessation des paiements, il s'ensuit que la femme doit être considérée, dans cette circonstance, comme si la faillite était déclarée.

« Telles sont les raisons que la dame Pihuit peut alléguer pour faire maintenir sa séparation, et déclarer qu'elle a fait tout ce qui dépendait d'elle, en se conformant aux dispositions relatives à la publicité qu'elle devait donner à ce jugement. » *Voy.* une autre opinion identique de M. Carré, sous notre *Question* 663, t. 2, p. 104.]]

[[**2950** bis. *Quand y a-t-il exécution suffisante du jugement de séparation?*

La nature toute spéciale des séparations de biens ne permet pas que le jugement qui les prononce soit soumis, quant à son exécution, aux principes qui régissent en général l'exécution des jugements par défaut ; Amiens, 19 fév. 1824 (*J. Av.*, t. 26, p. 99).

Il suffit, pour s'en convaincre, de rapprocher les art. 1444, Cod. civ., et 159, Cod. proc. civ. ; en effet, tandis que ce dernier n'attache l'effet d'exécution qu'à certains actes desquels il résulte évidemment ou d'une manière implicite, mais nécessairement, que cette exécution a été connue de la partie défaillante ; l'autre, au contraire, se préoccupe exclusivement de mettre à couvert l'intérêt des tiers, en prévenant la fraude ou la collusion des époux : c'est là son but unique;

ce but diffère évidemment de celui de l'art. 159, puisque, le plus souvent, le jugement qui prononce la séparation de biens est contradictoire.

Il faut donc aller chercher ailleurs que dans cet article les éléments de solution à la question qui nous occupe : c'est l'art. 1444, Cod. civ., qui nous les fournit.

Les conditions auxquelles l'exécution du jugement de séparation est soumise sont celles-ci :

Paiement réel des droits et reprises de la femme, exécuté par acte authentique jusqu'à concurrence des biens du mari; ou, tout au moins, poursuites commencées dans la quinzaine du jugement et non interrompues depuis.

Ces conditions sont-elles limitatives?

Quels sont les actes qu'elles comprennent ?

Que faut-il considérer *comme commencement des poursuites?*

Et, par exemple, *la poursuite en liquidation des reprises* sera-t-elle une exécution suffisante, ou faudra-t-il, à peine de nullité, qu'il y ait *paiement réel* des droits et reprises, et que ce paiement s'effectue dans la quinzaine du jugement?

En un mot, est-il, en dehors des termes généraux de l'art. 1444, Cod. civ., des actes dont le caractère évident rentre si bien dans son véritable esprit qu'il soit impossible de leur dénier l'effet confirmatif que les parties ont voulu leur faire produire de bonne foi ?

L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Le législateur, nous l'avons déjà dit, ne s'étant proposé qu'un but dans le titre des Séparations, à savoir : qu'il n'y eût pas concert entre le mari et la femme pour simuler une séparation de biens dont l'objet serait de préjudicier à des tiers : c'est, en définitive, à la prudence du juge qu'il s'en est remis du soin comme du droit de décider si le jugement de séparation a été suffisamment exécuté.

Or, nous avons vu qu'il était des cas où il suffisait à la femme de justifier de ses diligences, quant à l'exécution du jugement, même par une simple production de titres joints à ce dernier, sans qu'on pût exiger d'elle, aux termes de l'art. 1444 précité, la liquidation complète et réelle de ses reprises. (Voy. *suprà*, *Quest.* 2947, 2947 *bis*, 2950, et nos observations sur la *Quest.* 663, § 1er, n° 2, t. 2, p. 104.)

Il y a donc telles circonstances dont le juge est l'unique appréciateur, où l'on doit nécessairement admettre des équivalents aux actes réguliers d'exécution qu'énumère l'art. 1444 : cela ne peut être contesté.

Concluons, en conséquence, qu'il y aura exécution suffisante du jugement de séparation dans le sens de ce même art. 1444, toutes les fois qu'à moins de s'être placée sous le coup d'une déchéance dont le juge ne peut la relever, la partie aura fait des actes qui se montreront dépouillés de tout artifice et manifesteront d'une manière non équivoque l'intention formelle d'exécuter le jugement obtenu : ou bien encore, lorsque l'insuffisance de l'acte en lui-même se trouvera justifiée et en quelque sorte couverte par l'impossibilité absolue où aura été la partie de lui en substituer un autre plus virtuel et plus complet.

Les questions suivantes vont démontrer la vérité de notre doctrine.]]

[[**2950** ter. *Le jugement est-il nul, si le paiement des reprises de la femme, qu'il autorise, n'est pas entièrement réalisé dans la quinzaine?*

2950 quater. *La poursuite en liquidation de ses reprises, exercée par la femme dans la quinzaine du jugement, est-elle une exécution suffisante de ce jugement?*

La négative ne saurait être douteuse sur la première question : l'art. 1444, comme nous l'avons déjà dit, n'a qu'un but, celui d'empêcher le concert frau-

duleux des époux. Il veut que les poursuites soient réelles et non fictives ; et dès l'instant qu'elles ont reçu un commencement d'exécution franche, les motifs qui doivent leur servir de base se trouvent suffisamment légitimés aux yeux de la loi, quelle que puisse être, d'ailleurs, la durée de l'exécution que la nature des circonstances réclame. Ajoutons, avec un arrêt de la Cour de cassation du 3 fév. 1834 (*J. Av.*, t. 46, p. 382 ; DEVILL., 1834.1.98), qu'il résulte de la saine intelligence de l'art. 1444, Cod. civ., que si les poursuites juridiques de la femme à fin de paiement de ses droits, doivent être faites dans la quinzaine du jugement, il ne s'ensuit pas que, dans le cas où il est procédé à l'exécution de la séparation de biens, par le paiement réel des droits et reprises de la femme, effectué par acte authentique jusqu'à concurrence des biens du mari, il soit indispensable, néanmoins, que l'*intégralité* du paiement ait lieu dans le même délai de quinzaine, ce qui serait le plus souvent impossible.

Préjugée par les mêmes motifs, la seconde question ne peut recevoir, au contraire, qu'une solution affirmative. En effet, la liquidation des droits de la femme est une suite indispensable de la séparation de biens; elle est même absolument nécessaire pour sa validité et son exécution, Cassat., 4 déc. 1815 (*J. Av.*, t. 21, p. 94). Comment ne pas admettre, dès lors, avec la Cour de Colmar, 31 août 1811 (*J. Av.*, t. 21, p. 93 ; DEVILL., *Collect. Nouv.*, 3.2.568), que la poursuite en liquidation de ces reprises, lorsque, d'ailleurs, elle a été exercée dans les délais utiles et non abandonnée depuis, constitue une exécution suffisante du jugement de séparation ?

Un arrêt de la Cour de Grenoble du 6 juin 1829 (*Journ.* de cette Cour, t. 4, p. 474), prête un nouvel appui à cette opinion, que M. BERRIAT SAINT-PRIX, adopte sans même la discuter, p. 673, not. 15.]]

2951. *Que doit-on faire pour exécuter le jugement, conformément aux articles* 1444, *Cod. civ., et* 872, *Cod. proc. civ., lorsque le mari n'a aucun bien ?*

Dans cette circonstance il suffira que la femme fasse dresser, dans la quinzaine, un procès-verbal de carence. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 503.)

[[Cette opinion, qui est également adoptée par M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 479, résulte *à fortiori* de l'arrêt de la Cour de cassation, du 6 déc. 1830 (DEVILL., 1831.1.359 ; Voy. *infrà*, *Quest.* 2953).]]

2952. *Peut-on considérer comme un commencement de poursuites la simple signification du jugement?*

Si l'on ne pouvait ici, dit M. PIGEAU, t. 2, p. 502, considérer comme poursuites que des commandements, des saisies, etc., le délai de quinzaine serait évidemment beaucoup trop court. Ainsi, la signification du jugement peut être considérée comme poursuite, et par conséquent il suffit à la femme qu'elle l'ait fait faire dans le délai de quinzaine pour qu'elle ne puisse encourir la nullité.

Quoi qu'il en soit, dit M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 672, not. 15, on a jugé que le défaut de cette signification, dans la même quinzaine, rend sans effet la séparation. Ici M. Berriat Saint-Prix cite l'arrêt de la Cour de cassation du 11 déc. 1810, dont nous avons parlé sur la *Quest.* 2950.

Nous ne voyons pas que l'arrêt dont il s'agit ait quelque chose d'opposé à l'opinion de M. Pigeau : il décide, au contraire, comme cet auteur, que la signification doit être faite dans la quinzaine ; mais il ne préjuge pas la question que décide affirmativement M. Pigeau, savoir si la signification du jugement peut elle-même être considérée comme un commencement de poursuites.

Les autres commentateurs supposent, au contraire, que cette signification ne peut être considérée comme un commencement de poursuites, et telle est

l'opinion à laquelle il nous semble très prudent de se conformer ; car si la signification d'un jugement est nécessaire pour avoir le droit d'en poursuivre l'exécution, elle n'annonce que l'intention de faire ces poursuites, elle n'en est pas une.

[[Mais c'est précisément ce qui est en question. Le Code, en exigeant le commencement des poursuites dans la quinzaine de la prononciation du jugement et leur continuation sans interruption, n'a pas défini ce qui est un *commencement de poursuites*, ni quelle peut être l'interruption qui fasse perdre à la femme le bénéfice de la séparation. Il est vrai que la Cour de cassation a décidé, le 9 juill. 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 313), que la signification du jugement de séparation, *partie intégrante* et nécessaire des poursuites auxquelles il pouvait donner lieu, devait être envisagée comme un *commencement de poursuites* dans le sens de l'art. 1444, Cod. civ. Jusque-là, cette décision semblerait consacrer définitivement l'opinion de M. Pigeau, que partage M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 479, et qui paraît avoir prévalu dans la jurisprudence; Amiens, 17 mars 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 176); Nîmes, 23 mars 1830 (*Journ.* de cette Cour, t. 2, p. 231); Bordeaux, 19 mai 1832 (*J. Av.*, t. 45, p. 511); Bordeaux, 30 juill. 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 145); Nîmes, 11 juill. 1839 (*J. Av.*, t. 58, p. 82); mais il ressort d'un troisième arrêt de la même Cour de cassation, 30 mars 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 305), que la validité de cette signification, en tant qu'on la considère comme un commencement de poursuites, tombe exclusivement dans l'appréciation souveraine du juge. Or, que conclure d'un pareil conflit, sinon qu'en thèse, la question qui nous occupe n'est pas susceptible d'une solution absolue?

Et d'abord, prétendre que la simple signification ne constitue *jamais* un commencement de poursuites, ce serait mettre la femme, à laquelle il ne reste souvent, à cause du désordre des affaires du mari et de la brièveté des délais, que ce moyen de manifester son intention de poursuivre, ce serait, disons-nous, la mettre dans l'impossibilité d'éviter la déchéance que prononce l'art. 1444, Cod. civ.; et telle n'a certes pas été l'intention du législateur : il suffit, pour s'en convaincre, d'interroger le dernier paragraphe de cet article et d'invoquer la généralité de ses termes.

D'un autre côté, vouloir établir en principe que la signification isolée a *toujours* le caractère d'un commencement de poursuites, c'est faire violence à la nature des actes, en exagérant leur portée ; mais, surtout, c'est favoriser ce que le Code a voulu prévenir avant tout, la fraude et la collusion des époux, au préjudice des tiers; c'est fausser l'esprit de la loi, en ne tenant aucun compte de l'intention des parties. Or, en matière d'exécution d'un jugement de séparation, c'est précisément de cette intention de poursuivre que le législateur s'est préoccupé; c'est elle dont il recherche la sincérité : 1° dans les actes qui ont pour objet de la manifester; 2° dans la suite ou l'interruption qui se fait remarquer entre ces mêmes actes. Voilà pourquoi, dans ce qui a trait à l'exécution de jugements de cette nature, ce n'est plus, selon nous, aux règles ordinaires posées dans les art. 155 et 159, Cod. proc. civ., qu'il faut recourir, mais bien aux circonstances, aux faits qui sont de nature à rentrer dans les termes de l'art. 1444, Cod. civ.; appréciation que le juge seul peut faire en toute connaissance de cause, ainsi que nous l'avons déjà dit, *Quest.* 2950 *bis*.

Cette doctrine nous semble résulter des principes généraux qui régissent la séparation de biens, et de la saine interprétation de l'art. 1444. En examinant avec attention les nombreux arrêts qui décident la question, on reconnaît qu'aucun n'est motivé de manière à pouvoir servir de base à une théorie générale, à un système complet, et que toujours, même dans l'espèce citée de l'arrêt de la Cour de cassation du 9 juill. 1828, le juge a été dominé par quelques circonstances

particulières de fait qui ont souverainement déterminé sa conviction en faveur de la validité de la signification.

Nous pensons donc que c'est à la prudence des magistrats que le législateur s'en est spécialement rapporté, et qu'il leur appartient, selon l'occurrence, de décider si la simple signification constitue ou non un commencement de poursuites dans le sens de l'art. 1444.

Voy. encore nos solutions sur les questions suivantes.]]

[[**2952** bis. *La citation en conciliation donnée par la femme à son mari, en exécution d'un jugement de séparation, peut-elle être considérée comme un commencement de poursuites, si elle n'est pas suivie, dans le mois à compter de la non-conciliation, d'une demande en justice?*

Non, parce que la citation en conciliation, n'étant que le préliminaire indispensable de toute action, ne fait seulement qu'en autoriser la poursuite; elle n'en est pas partie intégrante; ses effets demeurent soumis, à peine de nullité, à la production d'un ajournement dans le mois de la non-conciliation ou de la non-comparution (art. 57, Cod. proc. civ.). Or, cette condition n'étant pas réalisée, il s'ensuit que, non-seulement on doit déclarer qu'il n'y a pas eu interruption de poursuites, mais encore que ces poursuites n'ont jamais légalement existé, puisque le défaut d'ajournement dans le délai prescrit les annulle dans leur principe. C'est ce qui nous paraît aussi résulter de l'opinion émise par M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 192, n° 6, que confirme un arrêt de la Cour de Nîmes du 21 mars 1819 (*J. Av.*, t. 21, p. 110).]]

[[**2952** ter. *Une saisie-arrêt constitue-t-elle une mention suffisante du jugement qui prononce la séparation de biens?*

Oui, incontestablement, si la procédure n'est pas interrompue; tel est le vœu de l'art. 1444, Cod. civ.; c'est bien là une poursuite faite en vertu du jugement qui prononce la séparation de biens.

Comme nous l'avons dit, sous les questions précédentes, l'appréciation du fait relatif à l'interruption rentre dans le pouvoir discrétionnaire du juge.

Ce que nous disons de la saisie-arrêt, qui est considérée par quelques auteurs comme un acte purement conservatoire (*Voy.* notre titre *De la Saisie-arrêt*), nous l'appliquerions aux saisies-exécutions, et même aux saisies immobilières, s'il y avait interruption de poursuites.

Voici le texte d'une consultation de M. Carré, qu'il nous paraît utile de rapporter :

« Une fois la société conjugale formée, la loi ne veut pas qu'il y soit fait, après le mariage, aucun changement, et cette disposition était nécessaire dans l'intérêt des tiers, qui n'auraient jamais pu avec confiance traiter avec des époux dont la position eût toujours été pour eux incertaine. Cependant elle a permis dans certains cas, et surtout lorsqu'elle a supposé que les droits de la femme pussent être compromis : « Que celle-ci pût demander la séparation de « biens qui n'avait point été stipulée par le contrat de mariage ; mais elle veut, « en même temps, que cette demande soit sérieuse; et, sous peine de la faire « considérer comme non avenue, elle exige (art. 1444) que le jugement qui la « prononce soit exécuté par le paiement réel des droits et reprises de la femme, « effectué par acte authentique, jusqu'à concurrence des biens du mari, ou au « moins par des poursuites commencées dans la quinzaine qui a suivi le juge- « ment, et non interrompues depuis. »

« Or, les actes qui donnent lieu à la présente question sont-ils une exécution dans le sens de l'art. 1444? Le soussigné est loin de le penser.

« La saisie-arrêt n'est point en soi un acte d'exécution; aussi peut-elle se faire sans *titre exécutoire*, et même sans titre, sur une simple permission du juge. C'est un acte purement conservatoire qui peut et qui doit conduire à l'exécution, mais ce n'est pas encore cette exécution. Le jugement qui la valide ne change pas sa nature; elle n'est encore qu'une saisie-arrêt; il n'y a donc, en effet, *exécution*, que quand les effets saisis ont été vendus ou remis au saisissant, en vertu d'autorité de justice. L'art. 159, Cod. proc. civ., a défini ce qu'on doit entendre par exécution d'un jugement, et il serait douteux que, même dans le sens de cet article, les actes ci-dessus indiqués constituassent une véritable exécution. Cependant il est facile de soutenir que l'art. 1444, Cod. civ., exige une exécution plus rigoureuse encore que celle dont parle l'art. 159, Cod. proc. civ. Dans l'art. 159, le législateur n'a eu qu'un but, c'est que l'individu condamné ait acquis la connaissance non équivoque du jugement rendu contre lui, ce qui ne suffirait pas dans le cas de l'art. 1444. Le plus souvent, en effet, le jugement qui prononce la séparation est contradictoire; le mari est donc présumé le connaître. Ce qu'on a voulu, c'est qu'il n'y eût pas concert *entre le mari et la femme*, pour simuler une séparation de biens qui n'aurait pour objet que de tromper des tiers; et pour s'assurer, autant que possible, que cette intelligence n'existe pas, la loi veut que la femme use jusqu'à la dernière rigueur du bénéfice du jugement qu'elle a obtenu.

Cela posé, il faut bien reconnaître qu'une simple saisie-arrêt, qui n'est pas suivie de vente des effets ou de remise effective des deniers aux mains du saisissant, n'est pas un acte de *véritable exécution légale ;* elle n'annonce pas dans la femme le besoin de sauver promptement ses droits, en s'emparant, jusqu'à due concurrence, des valeurs appartenant au mari; elle ne peut annoncer que des poursuites commencées, mais qui ont été interrompues depuis. On doit donc décider que le jugement qui a prononcé la séparation est nul et non avenu, aux termes de l'art. 1444, Cod. civ. »]]

[[**2952** quater. *Le jugement est-il suffisamment exécuté, dans le sens de l'art. 1444, Cod. civ., par un commandement dans la quinzaine, suivi d'une cession authentique faite par le mari à la femme, de tout le mobilier garnissant le domicile conjugal, et par la reprise en nature du mobilier propre à la femme, lorsqu'il est constant que le mari possédait des biens immobiliers?*

Les principes posés dans les questions précédentes doivent nous servir à résoudre celle-ci dans un sens négatif. En effet, si le paiement réel des droits et reprises de la femme est une des conditions essentielles de la validité de l'exécution prescrite par l'art. 1444, Cod. civ., il en est une autre affectée comme garantie à cette réalité de paiement, à savoir qu'il s'exerce jusqu'à due concurrence des biens du mari. Or, peut-on dire que le vœu de la loi est rempli, lorsque, malgré la reprise en nature du mobilier propre à la femme et la cession que lui a consentie son mari, de tout le mobilier garnissant le domicile conjugal, elle se trouve encore sa créancière de sommes considérables, nonobstant sa renonciation momentanée à l'exercice des droits de poursuite qu'elle conserve toujours sur les biens immobiliers du mari? Evidemment non : le juge ne peut voir dans de tels arrangements qu'une manœuvre coupable, dont le but est d'évincer les tiers intéressés; et il doit prononcer la nullité de cette exécution frauduleuse. C'est aussi ce qu'a fait un arrêt de la Cour de Colmar du 30 nov. 1838 (*J. Av.*, t. 56, p. 106).]]

2953. *Quand y a-t-il* INTERRUPTION DE POURSUITES?

La loi, dit encore M. Pigeau, t. 2, p. 502, n'a pu définir avec précision ce

qu'on doit considérer comme *interruption de poursuites;* elle s'en rapporte, sur ce point, à la prudence du juge. Cependant nous pourrions répondre, avec cet auteur et M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 673, not. 15, 2e observ., qu'il y a interruption de poursuites lorsque, par mauvaise foi ou intention de frauder les créanciers, on a excédé les délais à l'expiration desquels on a le droit de faire les actes indiqués par la loi pour les diverses exécutions; mais on ne doit pas présumer la mauvaise foi, si on ne les a excédés que de très peu de temps.

Il faut néanmoins remarquer qu'indépendamment de l'allégation de mauvaise foi, la Cour de Poitiers, par arrêt du 9 janvier 1807, a jugé que l'interruption, pendant deux ans, des poursuites qui auraient cependant commencé dans la quinzaine, rendait le jugement de séparation sans effet, encore bien que le créancier qui demandait cette nullité n'eût pas fait lui-même des poursuites à fin de paiement avant la reprise de celles que la femme avait commencées. C'est que, en effet, une aussi longue interruption peut facilement faire supposer une renonciation de la femme, antérieure à la reprise de ses poursuites. Au reste, la Cour de Poitiers n'a fait, par cet arrêt, qu'user du pouvoir que la loi lui donne, comme le ditM. Pigeau, de prononcer suivant les circonstances.

[[M. THOMINE DESMAZURES se range à cette double manière d'envisager l'interruption des poursuites, lorsqu'il dit (t. 2, p. 479) : que le Code s'en est rapporté à la prudence du magistrat sur le temps et les circonstances qui peuvent ou excuser cette inaction, ou la faire regarder comme étant l'abus dont il a voulu prévenir le retour.

Cette doctrine n'est que la confirmation des principes que nous avons exposés plus haut sur les *Quest.* 2950 et 2952.]]

[[**2953** bis. *Une séparation de biens judiciaire est-elle nulle, si le jugement qui l'a prononcée a été, dans la quinzaine de son obtention, signifié avec commandement de payer, et suivi, seulement cinq mois après, d'un procès-verbal de carence?*

La Cour de cassation a décidé la négative, 6 décemb. 1830 (DEVILL., 1831. 1.359; DALLOZ, 1831, part. 1re, p. 16). Mais d'après ce qui vient d'être dit à la question précédente, sa décision ne saurait faire autorité. L'appréciation des faits sera toujours, en dernière analyse, la règle unique du juge, parce qu'elle demeure dans ses attributions, comme le portent les termes mêmes de l'arrêt, et que suivant qu'il y aura eu, ou non, à ses yeux, toute la célérité et la suite réclamées ou permises par les circonstances, dans l'exécution du jugement signifié aux délais de la loi, il sera libre de se décider pour l'affirmative ou la négative. C'est ainsi que la même Cour de cassation a jugé, le 2 mai 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 394), contrairement à l'arrêt de la Cour de Poitiers, cité à la question précédente, que des poursuites commencées dans la quinzaine du jugement ont pu, *quoique suspendues pendant près d'un an*, être considérées par une Cour royale comme n'ayant pas été légalement interrompues pendant un temps suffisant pour annuler la séparation, sans que son arrêt ait dû sous ce rapport, donner ouverture à cassation. *V.* aussi nos *Quest.* 2952 et suiv.]]

[[**2953** ter. *Une femme séparée de biens est-elle censée interrompre les poursuites par elle commencées dans la quinzaine du jugement de séparation, par cela seul qu'ayant à combattre un créancier de son mari, elle cesse d'agir directement contre ce dernier, pour plaider contre le créancier en présence de son mari?*

Non, s'il est évident qu'elle ne pouvait parvenir à opérer l'exécution com-

plète de l'art. 1444, Cod. civ., par le paiement réel de ses droits, qu'au moyen d'une demande en distraction formée contradictoirement avec un créancier et avec son mari, et suivie sans interruption ; c'est ce qui a été jugé par la Cour de cassation, dans une espèce où la femme n'avait pu obtenir jugement contre son mari, parce qu'elle s'était trouvée dans la nécessité de se pourvoir contre le créancier qui avait fait saisir les immeubles sur lesquels ses droits étaient hypothéqués. Cass., 23 mars 1819 (*J. Av.*, t. 21, p. 109, n° 32; DEVILL., *Coll. nouv.*, 6.1.48) *Voy.*, du reste, nos questions précédentes.]]

2954. *Comment exécuter l'art. 1444, si la séparation avait été prononcée dans une espèce où la femme n'eût ni droits ni reprises à exercer ?*

Dans ce cas, où l'on suppose résolue pour l'affirmative la question encore douteuse de savoir si la séparation pourrait être prononcée, nous estimons que la femme doit se présenter devant un notaire, pour faire dresser acte de sa déclaration de n'avoir aucun droit ni reprise à exercer, pour ledit acte lui tenir lieu de celui que prescrit l'art. 1444 du Code civil. Elle ferait ensuite sommation à son mari de se trouver en l'étude du notaire pour voir passer contradictoirement cette déclaration. Ce n'est pas que nous pensions qu'à la rigueur on ne pût se dispenser de cette sommation : la faire n'est qu'un acte de prudence.

[[M. THOMINE DESMAZURES (t. 2, p. 476), pense que, dans ce cas comme dans celui où, ne pouvant espérer aucun recouvrement, elle ne voudrait pas faire de frais inutiles, la femme peut demander acte, par le jugement, de ce qu'elle renonce à prétendre aucun droit sur son mari; et nous estimons avec cet auteur que ce serait, dans l'état des choses, un acte d'exécution suffisant du même art. 1444.]]

2955. *Comment s'effectue l'exécution du jugement?*

L'exécution peut être faite par une cession volontaire des biens du mari à due concurrence des droits et reprises de la femme, pourvu que l'acte soit authentique et sans fraude. (*Voy.* Cod. civ., art. 1444 et 1595.)

Elle peut être faite rigoureusement par les voies ordinaires d'exécution, ou, si la créance n'est pas liquide, par des poursuites en règlement de droits non interrompues depuis. (*Voy.* THOMINE DESMAZURES, p. 322, et pour les développements qu'exigent les différents régimes sous lesquels la femme est mariée, PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 502 à 511.)

[[C'est ce qu'établissent, jusqu'à la dernière évidence, les nombreux arrêts que nous venons de citer sous les questions précédentes.]]

[[**2955** bis. *Le défaut d'exécution d'un jugement de séparation de biens dans le délai de quinzaine, entraîne-t-il la nullité, non-seulement du jugement, mais encore de toute l'instance qui l'a précédé?*

L'affirmative résulte de la manière la plus explicite d'un arrêt de la Cour de cassation du 11 juin 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 207; DEVILL., *Collect. nouv.*, 7 1.266), qui a statué que la nullité prononcée par l'art. 1444, Cod. civ., ne s'applique pas limitativement au jugement de séparation, mais, d'une manière beaucoup plus étendue, à la *séparation* elle-même, expression qui annonce que le législateur n'a pas eu seulement en vue le jugement qui la prononce, mais les procédures faites pour l'obtenir, c'est-à-dire l'instance introduite par les parties, et que c'est cette instance qu'il a entendu annuler. L'art. 156, Cod. proc. civ., cité à l'appui de l'opinion contraire, se borne à dire que les jugements par défaut

sont réputés *non avenus*, faute d'exécution dans le délai de six mois. Mais l'art. 1444, Cod. civ., s'exprime, comme nous venons de le voir, en termes bien plus généraux. Du reste, ni l'art. 156, ni l'art. 397, ne sont d'aucune influence dans les causes de séparation de biens, matière régie par des dispositions spéciales qui, en plusieurs points, dérogent aux règles ordinaires, ainsi qu'il est facile de s'en convaincre par l'examen des diverses dispositions de ce titre.]]

2956. *Lorsque le jugement de séparation a été attaqué par appel et qu'il est confirmé, les actes faits en exécution des art.* 1445, *Cod.civ. et* 872, *Cod. proc.civ.. doivent-ils avoir leurs effets, ou ne doit-on pas les renouveler, en exécution de l'arrêt confirmatif?*

Il est de principe, comme nous l'avons dit t. 2, p. 108, qu'en tous les cas où un jugement est confirmé, il reprend toute sa force à l'égard des parties. C'est ce que prouveraient non-seulement l'art. 472, puisqu'il veut que, si le jugement est confirmé, l'exécution appartienne au tribunal dont est appel, mais surtout l'art. 457, en ce qu'il déclare que l'appel n'est que *suspensif*.

Il résulte, sans contredit, de ces deux articles, que les actes faits en exécution du jugement de séparation sont vivifiés et doivent produire leurs effets, dès que ce jugement reprend lui-même sa force par la cessation de l'obstacle que l'appel avait apporté aux suites ultérieures.

Ainsi, les actes de publicité donnée au jugement confirmé n'ont pas besoin d'être renouvelés.

[[Cette opinion est incontestable et ne contrarie pas la solution que nous avons donnée sur la *Quest.* 1653.]]

2957. *Mais si l'exécution n'avait pas eu lieu en conformité de l'art.* 1444, *Cod. civ., le délai ne courrait-il pas utilement à partir de l'arrêt confirmatif?*

De ce que l'appel a suspendu les poursuites qui restaient à faire, conformément à l'article précité, il nous semble que l'on doit conclure qu'elles doivent être consommées dans le délai fixé par cet article, à partir de l'arrêt confirmatif, et que l'on ne peut prétendre qu'elles eussent dû l'être dans le même délai, à compter du jour du jugement, puisque son exécution était arrêtée par l'effet de l'appel interjeté. (*Voy.*, t. 4, *Quest.* 1653, et l'arrêt de la Cour de cassation du 12 juin 1810, S., 2.10.317, et *J. Av.*, t. 12, p. 569.)

[[La solution affirmative de cette question, corollaire de la précédente, nous paraît à l'abri de toute controverse.]]

ART. 873. Si les formalités prescrites au présent titre ont été observées, les créanciers du mari ne seront plus reçus, après l'expiration du délai dont il s'agit dans l'article précédent, à se pourvoir par tierce opposition contre le jugement de séparation (1).

(1) [Quoique le législateur se soit servi, dans cet article, du mot *tierce opposition*, il n'a point entendu parler de la procédure réglée par le titre 1er du livre 4. Car le créancier est l'ayant cause de son débiteur, et ne peut attaquer le jugement rendu contre ce dernier (*Voy.* notre *Quest.* 1713, t. 4, p. 280); les principes que nous avons développés, *Quest.* 1709, répugneraient à l'admission d'une semblable exception; mais ce n'est qu'une *opposition* permise, dans certains cas, à certaines personnes, comme en matière de faillite; le législateur a cru nécessaire de réglementer le mode spécial de faire tomber une décision particulière, qui était censée rendue en fraude des droits des créanciers de l'une des parties entre lesquelles avait existé la contestation.]

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 358, n° 32.] — Cod. civ., art. 1447. — Cod. comm., art. 65 et 67. [Notre Dict. gén. de proc., v° *Séparation de biens*, nos 40 à 42, 44 à 50, 52 à 54 et 89. — Devilleneuve, *eod. verb.*, nos 69 à 75. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 160 à 162, et 167 à 170. — Locré, t. 23, p. 131, 132 et 133, n° 29.

QUESTIONS TRAITÉES : Le mari peut-il opposer la nullité résultant de ce que le jugement de séparation n'a pas été exécuté dans la quinzaine? Q. 2957 *bis*. — La nullité du jugement peut-elle être proposée sur l'appel, bien qu'elle ne l'ait pas été devant les premiers juges? Q. 2957 *ter*. — Quelle est l'étendue de la faculté qu'ont les créanciers postérieurs du mari d'attaquer le jugement ou son exécution? Q. 2957 *quater*. — Le tiers détenteur de l'immeuble grevé de l'hypothèque légale de la femme n'a-t-il, pour former tierce opposition au jugement de séparation de biens, que le délai accordé à tous les créanciers du mari par l'art. 873? Q. 2957 *quinquies*. — Lorsque, pendant une instance en séparation de biens, le mari tombe en faillite, et que la femme a omis d'appeler les syndics en cause, ceux-ci doivent-ils, quoique non appelés, attaquer le jugement de séparation dans l'année? Q. 2957 *sexies*. — Les créanciers du mari sont-ils recevables en tout temps à se pourvoir par tierce opposition, lorsque les formalités prescrites au titre de la séparation n'ont pas été remplies? Q. 2958. — Si le jugement, régulier dans la forme, est injuste au fond, parce qu'il a été rendu en fraude des droits des créanciers, peuvent-ils l'attaquer en tout temps par voie d'opposition? Q. 2959. — Mais ce délai s'applique-t-il, tant au cas où la tierce opposition est dirigée contre le chef du jugement qui liquide les reprises, qu'à celui où elle l'est contre le chef qui prononce la séparation? Q. 2960. — Au lieu de se pourvoir par tierce opposition, les créanciers peuvent-ils interjeter appel du jugement de séparation? Q. 2961. — Les créanciers peuvent-ils attaquer en tout temps l'acte d'exécution fait en fraude de leurs droits existants lors de cet acte? Q. 2962.]

DXLVII. Ce n'est qu'après avoir, pour la publicité du jugement, rempli toutes les formalités dont nous venons de parler, que la femme peut commencer à l'exécuter.

Ce n'est enfin que quand il a été satisfait à toutes les dispositions précédentes que les créanciers sont non recevables à former tierce opposition, et qu'ils ne peuvent plus intervenir sur l'appel que le mari interjetterait (1); car tout doit avoir un terme; et si le créancier en souffre, il ne fait que subir la peine de sa négligence, puisque la loi a épuisé tous ses *bienfaits* envers lui. (*Exposé des motifs*.)

[[**2957** bis. *Le mari peut-il opposer la nullité résultant de ce que le jugement de séparation n'a pas été exécuté dans la quinzaine?*

La négative ne nous paraît pas douteuse : elle résulte de l'ensemble des dispositions légales qui régissent les séparations entre époux. Dans quel but, en effet, le législateur aurait-il établi cette déchéance exceptionnelle, si ce n'est parce qu'il a craint que le jugement de séparation ne fût pour les époux qui l'invoquent une occasion trop fréquente de colluder au préjudice des créanciers? Cette interprétation est d'autant plus vraie que ceux-là même qui combattent notre opinion sont forcés d'avouer que c'est bien là, *principalement*, l'objet de cette deuxième disposition de l'art. 1444, et qu'ils se retranchent d'une manière exclusive sur la généralité des termes dans lesquels elle se trouve conçue. Mais qu'importe que les expressions dont se sert le Code soient plus ou moins absolues, générales, dans les dispositions qu'elles consacrent, si l'application qu'on prétend faire de ces dernières, fausse ouvertement l'esprit qui les a dictées? Cette considération n'est-elle pas suffisante pour qu'on refuse au mari le droit d'invoquer la nullité résultant du défaut d'exécution?

Il faut donc reconnaître avec la jurisprudence presque unanime des Cours, et, notamment, avec un arrêt de la Cour de cassation, qui a définitivement consacré notre opinion, que ce bénéfice qu'on voudrait étendre au mari n'a été exclusivement établi que dans l'intérêt des tiers créanciers.

Grenoble, 14 mai 1818 (*J. Av.*, t. 21, p. 106); Colmar, 8 août 1820 (*J. Av.*, t. 21, p. 112), et 26 déc. 1826 (*J. Av.*, t. 37, p. 55); Lyon, 28 mai 1824

(1) *Voy.*, ci-après, *Quest.* 2961.

(*J. Av.*, t. 30, p. 305); Cassation, 11 avril 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 578, et DEVILL., *Collect. nouv.*, 5.2.381; 6.2.306; 1837.1.989).

A plus forte raison, la même exclusion doit-elle être prononcée contre la femme, qui ne peut exciper de sa propre négligence, comme l'a décidé un arrêt de la Cour de Grenoble du 8 avril 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 581; et DEVILL., 1837.2.136).

Voy. néanmoins, dans le sens contraire, Amiens, 19 fév. 1824 (*J. Av.*, t. 26); Bordeaux, 17 juill. 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 177; DEVILL., 1834.2.53), et Aix, 30 nov. 1832 (*Journ.* de cette Cour, t. 1, p. 427).]]

[[**2957** ter. *La nullité du jugement peut-elle être proposée sur l'appel, bien qu'elle ne l'ait pas été devant les premiers juges ?*

Oui, dit M. FAVARD DE LANGLADE (t. 5, p. 106, n° XI); la nullité résultant du défaut d'exécution du jugement dans la quinzaine n'est pas une simple nullité de forme qui se couvre si elle n'a pas été présentée *in limine litis*: elle appartient au fond du droit, et peut être proposée en tout état de cause, même pour la première fois sur l'appel. Un arrêt de la Cour de cassation l'a ainsi jugé, le 11 juin 1818 (DEVILL., *Collect. nouv.*, 5.1.487, et *J. Av.*, t. 21, p. 80, not. 1). Et c'est en faisant une saine application des mêmes principes (art. 173, Cod. proc. civ.), qu'elle a aussi décidé que ni le changement de qualité survenu chez la femme par le décès du mari durant l'instance, ni le fait que la nullité n'a pas été présentée avant toute autre exception, ne pouvaient constituer une déchéance du droit de la proposer. Arrêts du 11 juin 1818 (*J. Av.*, t. 21, p. 80), et du 15 juillet 1830, (*J. Av.*, t. 39, p. 176). *Voy.* aussi un arrêt de la Cour de Bordeaux, 22 janv. 1834 (*J. Av.*, t. 47, p. 486; DEVILL., 1834.2.540).]]

[[**2957** quater. *Quelle est l'étendue de la faculté qu'ont les créanciers postérieurs du mari d'attaquer le jugement ou son exécution?*

Le Code, en traitant des déchéances que peuvent encourir les créanciers du mari, n'a pas distingué entre ceux qui l'étaient lors de la publication du jugement et ceux qui le sont devenus depuis ce même jugement ou son exécution; mais les éléments de solution à la question proposée n'en existent pas moins dans son texte sainement interprété. Et d'abord, en ce qui touche le droit qu'ont les créanciers postérieurs de se pourvoir en nullité du jugement, on peut dire, avec MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 578 et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 480, que s'il a été rendu public, ils ne peuvent l'attaquer. Cette publicité les ayant avertis de la situation du mari, ils ne doivent imputer qu'à eux-mêmes le préjudice qui résulte du traité fait avec le mari. Mais si le jugement n'a pas reçu la publicité requise, les tiers qui auraient traité depuis avec le mari seraient fondés à dire qu'ils l'ont fait dans l'ignorance de cette séparation, ou persuadés qu'elle était devenue caduque et sans effet par le défaut de publicité et d'exécution. D'ailleurs, ajoute M. Pigeau, le mari peut opposer la nullité résultant du défaut de publicité de la demande (art. 869, Cod. proc. civ.). Or, comme les créanciers peuvent exercer les droits et actions de leur débiteur, il s'ensuit que *tous* les créanciers du mari, même postérieurs à la séparation, peuvent se pourvoir contre le jugement, si les formalités prescrites n'ont pas été observées.

Mais, relativement à l'exécution, il n'en est plus de même. Ceux qui ne sont devenus créanciers du mari que depuis l'acte qui constate cette exécution seraient mal venus à se plaindre qu'il a été fait en fraude de leurs droits, puisque ces droits n'existaient pas encore; inhabiles à l'attaquer en leur nom per-

sonnel, ils ne pourraient le faire valablement que comme exerçant les droits et actions de leur débiteur, et par suite seulement dans les cas où le mari en aurait lui-même la faculté, ce que nous avons contesté sous la *Quest.* 2957 *bis.* C'est encore ce qu'enseigne M. PIGEAU (*loco eod.*, p. 579). La sage économie de ces principes se trouve sanctionnée par un arrêt de la Cour de Colmar du 26 décembre 1826. (*J. Av.*, t. 37, p. 54.)]]

[[**2957** quinquies. *Le tiers détenteur de l'immeuble grevé de l'hypothèque légale de la femme n'a-t-il, pour former tierce opposition au jugement de séparation de biens, que le délai accordé à tous les créanciers du mari par l'art.* 873?

Cette question se réduit à celle de savoir si l'effet du jugement de séparation est de rendre le tiers détenteur créancier du mari; or, l'affirmative ne peut être douteuse. En effet, l'un des principaux caractères de la séparation étant d'attribuer à la femme le montant de ses reprises, dès l'instant qu'il y a ouverture de ce droit en faveur de celle-ci, le tiers détenteur de l'immeuble sur lequel elle a un retour actuel se trouve évidemment en danger *présent* d'éviction. Vainement dirait-il qu'il n'a eu le droit d'agir comme créancier du mari que du moment où il a été poursuivi hypothécairement par la femme, et que, par conséquent, le délai de la tierce opposition n'a pu courir contre lui; car peu importe que, en fait, l'exercice du droit de suite de la femme sur l'immeuble détenu ne soit venu le frapper que plus tard. Dès lors qu'il avait un intérêt à intervenir dans l'instance en séparation pour faire liquider les reprises à leur juste valeur, il devenait créancier réel du mari; il pouvait exercer contre lui l'action en garantie en cas d'éviction, et s'il a omis de le faire, il n'en doit accuser que son incurie et non la rigueur d'une disposition légale qui se trouve fondée en raison; car, dit M. PIGEAU, *Comm.* t. 2, p. 570, si, en général, la tierce opposition est accordée à un tiers auquel on oppose un jugement qui lui préjudicie, et dans lequel il n'a été ni partie, ni appelé, c'est qu'il est alors vrai de dire que ce jugement a été rendu sans qu'il en eût aucune connaissance, sans qu'il pût réclamer contre la décision à rendre, et défendre ainsi ses intérêts. Mais, en matière de séparation de biens, cette règle cesse à l'égard des créanciers suffisamment avertis par les formalités de cette procédure de l'existence de la demande, et qui ont eu longtemps la faculté d'intervenir.

Ils seraient mal fondés à prétendre à un bénéfice dont ils ont pu jouir et qu'ils n'ont point réclamé. Si, d'ailleurs, il est juste de pourvoir à leurs intérêts, il faut pourvoir aussi à l'intérêt de ceux qui, postérieurement, ont contracté sous la foi du jugement de séparation.

Concluons donc, avec la Cour de Dijon, 6 août 1817 (*J. Av.*, t. 21, p. 96; DEVILL., *Collect. nouv.*, 5.2.314), qu'il faut résoudre la difficulté proposée dans le sens de l'affirmative, c'est-à-dire assimiler le tiers détenteur de l'immeuble grevé à tous les autres créanciers du mari, relativement à la déchéance que l'art. 873 leur fait encourir.

Voyez cependant, dans le sens contraire, un arrêt de Grenoble, 28 nov. 1832. (*J. Av.*, t. 45, p. 437.)]]

[[**2957** sexies. *Lorsque, pendant une instance en séparation de biens, le mari tombe en faillite et que la femme a omis d'appeler les syndics en cause, ceux-ci doivent-ils, quoique non appelés, attaquer le jugement de séparation dans l'année?*

C'est demander, en d'autres termes, s'ils sont déchus du droit d'attaquer le

jugement après l'expiration du délai fixé par l'art. 873? nous ne le pensons point; en effet, la circonstance toute particulière que, lorsque le mari est tombé en faillite, le jugement de séparation n'avait pas encore reçu une exécution suffisante, et que, dès lors, la femme devait actionner, concurremment avec son mari, les représentants de ses créanciers, les syndics, nous paraît décisive en faveur de l'opinion que nous soutenons. Dira-t-on que les créanciers n'ont qu'un an pour se pourvoir contre le jugement? Mais nous répondrons, avec les nombreuses autorités citées sous la question suivante, que cette déchéance ne peut s'appliquer qu'au cas où les formalités prescrites en matière de séparation ont été remplies; leur action, dans le cas contraire, ne pouvant se prescrire que par trente ans. Or, au nombre de ces formalités, qu'on puise à la fois dans les art. 872, Cod. proc. civ., et 1444, Cod. civ., se rencontre celle qui, dans l'espèce, enjoignait à la femme de pratiquer cette série d'actes continus et sincères de laquelle seule résulte l'exécution suffisante du jugement; cette condition, l'a-t-elle remplie? non sans doute, puisque le mari ne pouvant plus disposer de sa fortune qu'avec le concours de ses créanciers, et la faillite ayant été déclarée quelque temps après la prononciation du jugement de séparation, il devenait indispensable d'y appeler les syndics. En omettant de le faire, en se bornant à poursuivre l'exécution de la sentence de séparation contre son mari seulement, la femme s'est placée sous le coup de la nullité que prononce l'art. 1444; et, par suite, elle a relevé les syndics de la déchéance portée en l'art. 873, puisqu'ils peuvent valablement exciper contre elle de *l'inaccomplissement des formalités prescrites.* C'est là, d'après nous, une conséquence inévitable, forcée, de la nullité provenant du défaut d'exécution; et nous pensons que la Cour de Bourges, en décidant le contraire, s'est écartée des véritables principes, dans son arrêt du 24 mai 1826 (*J. Av.*, t. 33, p. 283).]]

2958. *Les créanciers du mari sont-ils recevables en tout temps à se pourvoir par tierce opposition, lorsque les formalités prescrites au titre de la séparation n'ont pas été remplies?*

La conséquence de l'art. 873, dit M. MERLIN (Voy. *Nouv. Répert.*, v° *Séparation de biens*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 771), est que si les formalités prescrites tant par les art. 866, 867, 868 et 869, que par l'art. 872, n'ont pas été observées, les créanciers du mari sont reçus en tout temps à se pourvoir contre le jugement de séparation et à le faire rétracter.

Cette décision se trouve en harmonie avec ce que nous avons établi sur la *Quest.* 1725, t. 4, p. 293; savoir : que la tierce opposition n'est assujettie à aucun délai péremptoire, principe auquel l'art. 873 ne fait d'exception, relativement au jugement de séparation, que pour le cas où toutes les formalités que nous venons d'indiquer ont été remplies.

Il a conséquemment été décidé par l'arrêt de la Cour de cassation, du 13 août 1818, déjà cité sous le n° 2950, que la fin de non-recevoir prononcée contre les créanciers du mari, qui ne formaient leur opposition que plus d'un an après l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 872, laisse entière l'action en nullité de la séparation pour défaut de poursuites dans la quinzaine du jugement.

[[Cette opinion, que nous adoptons, est également enseignée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 106; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 460; DEMIAU-CROUZILHAC, p. 547; BERRIAT SAINT-PRIX, p. 673, n° 16, et BOITARD, t. 3, p. 186; elle s'appuie de l'autorité d'une forte jurisprudence : Grenoble, 6 juin 1817, et 11 janv. 1819 (*J. Av.*, t. 21, p. 104); Bordeaux, 1er avril 1825 (*J. Av.*, t. 35, p. 313), et 22 janv. 1836 (*J. Av.* t. 47, p. 486), et Rennes, 27 août 1812 (*J. Av.*, t. 21, p. 206).

M. Carré, interpellé le 15 sept. 1825 par un avocat de Marseille, si les mots : *en tout temps* de sa *Quest.* 2958 accordaient *trente ans* au créancier, a répondu affirmativement, en se fondant sur l'art. 66, Cod. comm., qui dit : *toujours.*

Voy. notre question suivante.]]

2959. ***Si le jugement, régulier dans la forme, est injuste au fond, parce qu'il a été rendu en fraude des droits des créanciers, peuvent-ils l'attaquer en tout temps par voie d'opposition?***

Oui ; car l'art. 1447, Cod. civ., dispose que les créanciers du mari *peuvent se pourvoir contre la séparation de biens prononcée et même exécutée* EN FRAUDE *de leurs droits,* c'est-à-dire par dol, collusion, etc. Or, cet article ne fixe aucun délai après lequel ce pourvoi ne serait plus recevable, et conséquemment nous estimons qu'il faut appliquer les principes exposés sur la précédente question. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 513.)

Cependant M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 547, en se fondant sur les dispositions de l'art. 1304, Cod. civ., borne la faculté de se pourvoir par tierce opposition, en cas de fraude, à dix années du jour de la découverte du dol.

Mais si l'on fait attention que l'article dont argumente cet auteur n'est relatif qu'aux demandes en nullité ou rescision d'une convention, on pensera peut-être, et telle est notre opinion, qu'il n'est pas permis d'étendre sa disposition limitative. (*Voy.*, sur les droits des créanciers postérieurs au jugement de séparation, PIGEAU, t. 2, p. 512, 513 et suiv.)

[[MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 576, et FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 106, n° 12, vont plus loin que M. Demiau-Crouzilhac ; ils pensent que la faculté qu'ont les créanciers d'attaquer le jugement rendu en fraude de leurs droits ne dure qu'un an ; et ils se fondent principalement sur ce que ce délai, qui n'a été limité que pour ne pas laisser trop longtemps incertaine la situation respective des époux et les effets de la séparation, est d'ailleurs suffisant pour que tout créancier, à quelque distance qu'il réside, ait la faculté de se pourvoir par la voie de la tierce opposition. Nous ne saurions partager cet avis. En principe, il faut reconnaître que tout ce qui est le résultat du dol ou de la fraude ne peut constituer une possession légitime, un droit inattaquable ; il est dans l'ordre de la justice que celui qui a été frustré par cette voie puisse former sa réclamation dès qu'il reconnaît les manœuvres qui ont été pratiquées contre lui. Or, tel est, quant aux créanciers qui n'y ont point participé (*V.* Orléans, 11 nov. 1818 ; *J. Av.*, t. 21, p. 108), le jugement de séparation qui règle le plus souvent les reprises de la femme, et qui, s'il est frauduleusement obtenu, attribue à cette dernière des droits qu'elle n'avait pas, en l'envoyant en possession des biens de son mari, pour une valeur plus considérable que celle qui lui était due en réalité. Il faut donc reconnaître, avec MM. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 481, et DEMIAU-CROUZILHAC (*loco citato*), que, dans ce cas, les créanciers rentrent dans les termes ordinaires du droit, et qu'ils échappent à la limitation posée par l'art. 873. Mais vouloir, comme ces auteurs, restreindre à dix ans la durée de l'action qu'ont les créanciers, c'est se refuser, selon nous, aux conséquences logiques d'un principe adopté, et nous rejetons aussi ce système.

Pourquoi distinguer, en effet, là où la loi ne distingue pas ? Pourquoi, en admettant que ce soit un droit légitime pour celui qui a été victime du dol ou de la fraude d'en poursuivre les auteurs, dès qu'il les découvre, l'exercice de ce droit demeurerait-il soumis à une déchéance qui sortirait des règles communes, lorsqu'aucun texte précis ne lui assigne de délai fatal ? Si ces raisons ont paru assez concluantes pour légitimer la prescription décennale, à plus forte raison le deviennent-elles pour appliquer la prescription trentenaire.

Ce qui démontre avec le plus d'évidence le vice du système que nous com-

battons, c'est que tandis qu'en principe il se fonde sur la publicité qu'a reçue le jugement, pour assimiler les créanciers du mari à des parties réciproquemment liées par une convention ordinaire, et, par conséquent, soumises aux mêmes déchéances, d'autre part, il n'en décide pas moins que l'opposition à l'exécution frauduleuse de ce même jugement, bien que cette exécution ait eu lieu par acte ou par jugement séparé, c'est-à-dire qu'elle soit dépourvue de toute garantie de publicité, est également soumise à la prescription de dix ans. Or, M. Pigeau lui-même enseigne le contraire, t. 2, p. 579, par le motif que cette condition de publicité est essentielle, et que, ne se retrouvant plus dans l'acte d'exécution séparé fait en fraude de droits alors coexistants, les créanciers peuvent l'attaquer à quelque époque qu'ils en aient connaissance. Il dit enfin textuellement dans son *Comm.*,, t. 2, p. 570, qu'ils pourraient en *tout temps* attaquer le jugement ou l'acte d'exécution fait en fraude de leurs droits si la fraude était découverte après coup. C'est aussi, sauf la distinction importante qui s'y trouve établie, ce que nous soutenons sur la *Quest.* 2960.

Il faut donc adopter sur cette controverse l'opinion de M. Carré qui, au mérite de reposer sur la plus large doctrine, réunit l'avantage de se concilier parfaitement dans les diverses applications.

Au surplus, elle est consacrée par deux arrêts de la Cour de Grenoble, des 6 juin 1817, et 11 janv. 1819 (*J. Av.*, t. 21, p. 104), et par un arrêt de la Cour de cass., du 26 mars 1833 (*J. Av.*, t. 44, p. 254; DEVILL., 1833.1.273).

Voy. la question précédente.]]

2960. ***Mais ce délai s'applique-t-il, tant au cas où la tierce opposition est dirigée contre le chef du jugement qui liquide les reprises de la femme, qu'à celui où elle l'est contre le chef qui prononce la séparation?***

Cette question a été jugée pour l'affirmative par arrêt de la Cour de Riom, du 26 déc. 1817, et de celle de Dijon, du 6 août 1817 (S., 18.2.158 et 64, et *J. Av.*, t. 21, p. 93).

D'un autre côté, M. SIREY rapporte un arrêt de celle de Rouen du 22 mars 1817 (*Voy.* t. 17, p. 170), qui décide, au contraire, que l'obligation imposée aux créanciers d'attaquer dans l'année un jugement de séparation ne s'étend pas à l'acte de liquidation mais l'arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 1815 (S. 16, p. 65), et conforme à un autre du 13 oct. 1815, a résolu la question dans le sens adopté par la Cour de Riom.

[[Il est une distinction importante à établir entre le cas où la liquidation des reprises n'est qu'une disposition du jugement de séparation lui-même, et celui où elle fait l'objet d'un acte séparé, d'un jugement à part, ultérieurement rendu. En effet, si, dans le premier cas, la liquidation des droits de la femme, suite indispensable de la séparation de biens et ne formant, pour ainsi dire, qu'un seul tout avec elle, peut rationnellement être circonscrite dans les mêmes délais que le jugement qui la prononce et tomber, comme lui, sous la déchéance de l'art. 873; dans le second, au contraire, nous pensons, avec M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 481, qu'il est impossible d'admettre la prescription du délai d'un an, soit en faveur d'un acte particulier de liquidation entre époux, soit pour tout jugement postérieur qui le réalise, puisque l'un et l'autre, également dépourvus du caractère et des conditions de publicité que présente le jugement de séparation, n'en diffèrent pas moins par leurs effets et demeurent légalement ignorés des tiers; Rouen, 12 mars 1817 (*J. Av.*, t. 21, p. 95; DEVILL., *Collect. Nouv.*, 5.2.248). Les déchéances sont de droit étroit; l'art. 873 ne parle de la prescription d'un an que pour ce qui concerne le jugement de séparation; c'est donc exclusivement à ce dernier que s'applique cette fin de non-recevoir. Le motif qui lui a donné naissance vient encore justifier cette interprétation.

On n'a pas voulu laisser perpétuellement incertaine la situation réciproque des époux, et spécialement celle de la femme : voilà l'intention du législateur. Dès l'instant qu'elle manque de but, et c'est ici le cas puisqu'il ne s'agit plus d'attaquer la séparation, mais seulement de faire réduire les reprises frauduleuses que la femme aurait pu obtenir par des voies détournées, on rentre dans le domaine des règles générales.

Cette doctrine ressort des dispositions mêmes de l'arrêt de la Cour de cassation, de 1815. Dans l'espèce où il intervint, la liquidation des droits de la femme faisait partie intégrante du jugement de séparation ; et la Cour suprême n'a fait, selon nous, que développer le principe qu'elle avait déjà implicitement posé, en jugeant dans une espèce contraire, le 26 mars 1833 (*J. Av.*, t. 44, p. 254), comme plus tard la Cour de Paris, le 25 avril 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 445 ; Devill., 1833.1.273 ; 1835.2.241), que la déchéance prononcée contre les créanciers par l'art. 873 ne pouvait être étendue à la liquidation des reprises faite entre époux par acte ou jugement séparé. Dans ce dernier arrêt du 26 mars, qui n'a avec le premier qu'une apparente contradiction, notre distinction se trouve indiquée de la manière la plus explicite, comme la preuve indispensable à laquelle doit être soumise la question proposée, et qui, suivant la diversité des cas, en détermine souverainement la solution négative ou affirmative.

Ajoutons, enfin, avec M. Thomine Desmazures (*loco citato*), qu'il ne s'agit ici que des créanciers antérieurs ; les créanciers postérieurs à la liquidation n'auront pas le droit de s'en plaindre, parce qu'elle n'a pu être frauduleuse à leur égard ; elle n'a pas pu porter atteinte à des droits qui n'existaient pas. (*Voy.* notre *Quest.* 2957 *ter.*)]]

2961. *Au lieu de se pourvoir par tierce opposition, les créanciers peuvent-ils interjeter appel du jugement de séparation?*

L'art. 902 du projet leur réservait ce droit d'appeler du jugement ; mais cette disposition ne se retrouve plus dans le Code ; et, à ce sujet, les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 142, remarquent que la suppression en a été faite d'après les observations des Cours d'Orléans et d'Agen, qui proposaient de ne réserver que la requête civile, et, de là, ils concluent que la voie d'appel est interdite aux créanciers.

Mais M. Berriat Saint-Prix, p. 673, not. 17, dit que, le Code ne parlant point de cette dernière voie, il semble qu'on doit revenir sur ce point aux règles du droit commun, et accorder aux créanciers la faculté d'appeler du chef du mari, lorsqu'il est dans son délai. Tel est aussi l'avis de M. Mouricault (*Voy.* édit. de F. Didot, p.316), et tel a été, ajoute M. Berriat Saint-Prix, celui du Tribunat, lorsqu'on a demandé la suppression de la disposition du projet.

[[M. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 570, partage la même opinion, à laquelle nous adhérons.]]

2962. *Les créanciers peuvent-ils attaquer en tout temps l'acte d'exécution fait en fraude de leurs droits existants lors de cet acte?*

Oui, à quelque époque qu'ils en aient connaissance (*Voy.* Pigeau, t. 2, p. 513).

[[Ce que nous avons dit, sous les *Quest.* 2959 et 2960, nous dispense de rien ajouter à l'appui de cette solution.]]

Art. 874. La renonciation de la femme à la communauté sera faite au greffe du tribunal saisi de la demande en séparation.

Tarif, 91. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 359, n° 33.] — Cod. civ., art. 784, 1453, 1454, 1457 et 1459. — Cod. comm., art. 63 et 67. — Cod. proc. civ., art. 997. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Séparation de biens*, n°° 91 et 92. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n° 174. — Locré, t. 23, p. 133, n° 30.

QUESTIONS TRAITÉES : La renonciation de la femme à la communauté est-elle de rigueur et doit-elle être absolue ? *Q.* 2963. — La renonciation de la femme séparée de biens à la communauté ne peut-elle résulter que d'un acte fait au greffe ? *Q.* 2963 *bis*. — La faculté qu'a la femme de renoncer à la communauté, se perd-elle faute d'avoir exercée dans le délai fixé par la loi? *Q.* 2963 *ter*. — Si, au décès de son mari, une femme faisait une déclaration par laquelle elle s'oblige à représenter en même nombre et qualité les effets décrits dans un inventaire dressé plusieurs années auparavant, en affirmant que ces effets sont, à l'époque de cette déclaration, en même nombre, qualité et valeur qu'ils étaient portés dans l'inventaire en question, cet acte équivaudrait-il à l'inventaire exigé par l'art. 1456, et la femme pourrait-elle en argumenter pour soutenir qu'elle a conservé le droit de renoncer à la communauté ? *Q.* 2963 *quater* (1).]

2963. *La renonciation de la femme à la communauté est-elle de rigueur et doit-elle être absolue ?*

« Le Code, dit M. le tribun Mouricaut, *ubi suprà*, tranche, dans l'art. 874, une question controversée, celle de savoir si la femme qui fait prononcer sa séparation de biens peut ne renoncer à la communauté que pour l'avenir, si elle peut demander le partage pour le passé. Plusieurs jurisconsultes étaient pour l'affirmative : ils se fondaient sur ce que, pour autoriser la demande en séparation, il suffisait que la dot de la femme fût en péril ; d'autres pensaient au contraire que si la communauté présentait du bénéfice, il ne pouvait y avoir lieu de craindre pour la dot et de séparer ; que d'ailleurs, lorsqu'on enlevait au mari l'usage des biens de sa femme, il n'était pas convenable qu'elle demandât et obtînt au delà. C'est cette dernière opinion, la plus commune et la plus raisonnable, que le Code a adoptée : il exige donc la renonciation absolue, et il ordonne qu'elle sera faite au greffe du tribunal, afin qu'elle soit jointe à l'instance. »

Quoi qu'il en soit, tous les jurisconsultes qui ont examiné la question qui nous occupe, sont, si l'on excepte M. BERRIAT SAINT-PRIX, qui semble adopter l'opinion de M. Mouricaut, puisqu'il la cite sans la combattre (*voy.* p. 722, not. 5), d'un sentiment absolument opposé à celui de cet auteur du rapport de la loi au corps législatif.

Nous croyons comme eux que l'art. 874 n'a d'autre objet que l'indication du lieu où la renonciation à la communauté doit être faite, dans l'espèce particulière d'une séparation, ce qui est une exception à la règle générale d'après laquelle l'acceptation ou la renonciation doit être faite au lieu où la dissolution de la communauté s'est opérée. (*Voy.* art. 997.)

Mais argumenter de cet article pour soutenir que la renonciation est de rigueur et qu'elle doit être absolue, c'est évidemment forcer les termes, c'est raisonner sans base, c'est suppléer une obligation rigoureuse que la loi ne contient pas, et qu'elle ne veut pas imposer, puisque, d'un côté, l'art. 1453 du Code civil porte qu'après *la dissolution* de la communauté, la femme, ou ses héritiers ou ayants cause, ont la faculté de l'accepter ou d'y renoncer, et que, de

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° La renonciation à la communauté, faite depuis la demande en séparation, mais antérieurement au jugement de séparation, ne peut être querellée comme faite avant la dissolution de la communauté, laquelle est réputée dissoute, non pas seulement du jour du jugement, mais bien du jour de la demande sur laquelle il est intervenu ; Orléans, 14 déc. 1817 (S. 19.2.216).

2° La femme séparée de biens qui, renonçant à la communauté, n'en a pas fait la déclaration au greffe, n'est pas recevable à opposer la nullité de cette déclaration faite dans une autre forme. Cass., 6 nov. 1827 (S. 28.227.)]

l'autre, l'art. 174, Cod. proc.civ., dispose que la femme divorcée ou *séparée de biens* jouira des délais pour faire inventaire et délibérer. (*Voy.* t. 2, p. 244, à la note.)

Or, comme il n'existe dans les deux Codes aucune disposition qui ait dérogé à ces articles, on doit conclure que la femme a évidemment l'option d'accepter ou de renoncer, puisqu'elle est désignée nommément dans l'art. 174, sauf qu'elle est obligée de s'expliquer avant le terme fixé par cet article, attendu qu'il faut qu'elle soit payée ou qu'elle ait fait des poursuites non interrompues dans la quinzaine du jugement.

S'il y a des raisons de présumer qu'en général la séparation mettra la femme dans la nécessité de renoncer à la communauté, on doit convenir, d'un autre côté, qu'il est des circonstances dans lesquelles l'acceptation lui serait favorable.

En effet, une communauté peut n'être pas encore obérée; mais la mauvaise conduite du mari, *le désordre de ses affaires*, pour nous servir des expressions de l'art. 1443 du Code civil, *donnent lieu de craindre que les biens de celui-ci ne soient pas suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme.* Dans cette circonstance, la loi autorise la demande en séparation : elle n'a donc pas entendu que la femme ne peut former cette demande qu'après la ruine complète du mari et de la communauté; donc elle peut avoir lieu à une époque où le partage de cette communauté peut présenter des avantages à la femme, et conséquemment on doit conclure que la femme peut en profiter.

On trouvera d'autres raisons de décider ainsi dans le Traité de M. PIGEAU, t. 2, p. 389 et 500, dans celui de M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 549, et surtout dans le 5e volume de la Jurisprudence du Code civil, p. 431 à 435 (1).

[[Ces raisons décisives, sur lesquelles M. Pigeau revient encore avec une nouvelle force dans son *Commentaire*, t. 2, p. 571, sont adoptées par M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 482, n° 1024, et ne permettent plus de révoquer en doute que la femme demanderesse ne demeure entièrement libre de renoncer ou non à la communauté, selon que l'exigent ses intérêts.

Mais pourrait-elle, sur l'instance en liquidation, requérir inventaire de la communauté et demander le délai de quarante jours que l'art. 174, Cod. proc. civ., accorde après l'inventaire, pour opter entre la renonciation et l'acceptation?

M. Thomine Desmazures (*ubi suprà*) ne le met pas en doute; et nous pensons comme lui que, malgré la rigueur de l'art. 1444 du Code civil, on ne pourrait refuser à la femme le seul moyen véritable qu'elle ait parfois d'éclairer pleinement les motifs de sa détermination.]]

[[**2963** bis. *La renonciation de la femme, séparée de biens, à la communauté, ne peut-elle résulter que d'un acte fait au greffe?*

M. Carré avait résolu cette question dans ses *cartons* : voici sa solution, que nous partageons :

« Il faut distinguer : vis-à-vis des tiers, l'acte de renonciation exigé par l'art. 874, Code proc. civ., est indispensable; mais vis-à-vis du mari ou de ses héritiers, l'abandon que la femme fait de ses droits à la communauté, par

(1) Enfin nous ajouterons que le défaut de renonciation n'entraînerait pas la nullité d'une séparation prononcée avant la publication du Code de procédure. C'était l'ancienne jurisprudence, fondée, dit entre autres DUPARC-POULLAIN, t. 5, p. 262, sur ce que « la séparation de biens ayant pour « fondement le dérangement des affaires du « mari, il y aurait la plus évidente contra- « diction à prendre part à une communauté « dont on demande la dissolution à cause « de son mauvais état. Ainsi, ajoute-t-il, la « séparation est valable, quoique la femme « n'ait pas fait de renonciation expresse à « la communauté. »

convention judiciaire ou extrajudiciaire, est valable et doit produire tout son effet. Les règles sur la renonciation aux successions et sur la renonciation à une communauté sont les mêmes, et la Cour de cassation a jugé, le 11 août 1825, « que si la renonciation à une succession ne peut plus « être faite qu'au greffe (art. 784 du Code civil), il n'est nullement défendu à « un successible de s'obliger, en vertu de contrats particuliers, envers les au- « tres successibles, de ne pas se porter héritier. » (S. 26.1.9.) *Voy.* arrêt de cassation du 8 nov. 1827; *Gazette des tribunaux*, 10 nov. 1827, n° 698; et 6 nov. 1827, arrêt de la même Cour (S. 28.1.227). »]]

[[**2963** ter. *La faculté qu'a la femme de renoncer à la communauté se perd-elle faute d'avoir été exercée dans le délai fixé par la loi?*

M. Carré, dont nous adoptons l'opinion, avait résolu cette question en ces termes dans ses manuscrits : « Nous ne le pensons pas. En effet, à la différence de l'ancien droit coutumier de Bretagne, les délais accordés à la veuve pour user de la faculté de renoncer ne sont plus *péremptoires*, puisque la veuve qui a fait inventaire dans les trois mois peut renoncer ensuite, dans quelque temps que ce soit, pourvu qu'elle ne se soit pas immiscée dans les biens de la communauté. (Code civil, art. 1453, 1454, 1459.) *V.* aussi un arrêt de la Cour de Rennes du 18 mai 1811, 3ᵉ chambre (*Journ.* des arrêts de cette Cour, t. 2, p. 134; Devill., *Collect. nouv.*, 3.2.498).]]

[[**2963** quater. *Si, au décès de son mari, une femme faisait une réclamation par laquelle elle s'obligerait à présenter en même nombre et qualité les effets décrits dans un inventaire dressé plusieurs années auparavant, en affirmant que ces effets sont, à l'époque de cette déclaration, en même nombre, qualité, bonté, et valeur qu'ils étaient portés dans l'inventaire en question, cet acte équivaudrait-il à l'inventaire exigé par l'art.* 1456, *et la femme pourrait-elle en argumenter, pour soutenir qu'elle a conservé le droit de renoncer à la communauté?*

« Nous résoudrons cette question par l'affirmative (avait dit M. Carré dans ses manuscrits, et nous partageons son sentiment); un pareil acte nous paraît en effet équivalent à celui qui aurait été dressé après le décès, d'après la maxime: *idem est esse certum per se vel per relationem alicujus rei certæ.* Il faudrait donc, pour priver la veuve du bénéfice de la renonciation faite dans le délai, prouver immixtion, infidélité, fausse déclaration, succession avenue et cachée, en un mot, une ou plusieurs circonstances auxquelles la loi attache la perte des avantages de la renonciation. »]]

TITRE IX.

De la Séparation de corps et du Divorce.

Le législateur s'est borné, dans les art. 306 et 307 du Code civil, à déclarer que la demande en séparation de corps serait instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile.

Mais, d'un côté, la qualité des parties exigeait des égards particuliers et certaines modifications concernant l'essai préalable de conciliation; de l'autre, l'intérêt des tiers commandait quelques précautions, relatives à la publicité

qu'il convenait de donner à un jugement qui entraîne nécessairement la séparation de biens.

L'art. 881 porte, à l'égard du divorce, qu'il sera procédé comme il est prescrit au Code civil ; mais on verra sur cet article que cette disposition doit être considérée comme non avenue par la suppression du divorce.

Art. 875. L'époux qui voudra se pourvoir en séparation de corps, sera tenu de présenter au président du tribunal de son domicile requête contenant sommairement les faits ; il y joindra les pièces à l'appui, s'il y en a.

Tarif, 29 et 79. — Cod. civ., art. 236, 306 et suiv., 311.

Art. 876. La requête sera répondue d'une ordonnance portant que les parties comparaîtront devant le président au jour qui sera indiqué par ladite ordonnance.

Tarif, 29. — Cod. civ., art. 238.

Art. 877. Les parties seront tenues de comparaître en personne, sans pouvoir se faire assister d'avoués ni de conseils.

Cod. civ., art. 238.

Art. 878. Le président fera aux deux époux les représentations qu'il croira propres à opérer un rapprochement : s'il ne peut y parvenir, il rendra ensuite de la première ordonnance, une seconde portant qu'attendu qu'il n'a pu concilier les parties, il les renvoie à se pourvoir, sans citation préalable au bureau de conciliation ; il autorisera par la même ordonnance la femme à procéder sur la demande, et à se retirer provisoirement dans telle maison dont les parties seront convenues, ou qu'il indiquera d'office ; il ordonnera que les effets à l'usage journalier de la femme lui seront remis. Les demandes en provision seront portées à l'audience (1).

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 360, nos 1 à 22.] — Cod. civ., art. 239, 259 et 268. — Cod. proc. civ., art. 49, — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Séparation de corps*, nos 1 à 40, 47 à 49.— Arm. Dalloz, *cod. verb.*, nos 100 à 130, 148 à 171. — Devilleneuve, *cod. verb.*, nos 38 à 59. — Locré, t. 23, p. 98, n° 25.

QUESTIONS TRAITÉES : La demande en séparation de corps peut-elle être intentée par la femme mineure, sans l'autorisation de son mari et sans l'assistance d'un curateur ? *Q.* 2964 — Quel est le président au tribunal duquel la requête doit être présentée? *Q.* 2965. — Le changement de domicile du mari, pendant le cours de la procédure réglée par les art. 875 à 878, opère-t il dévolution en faveur du tribunal de sa nouvelle résidence? *Q.* 2965 *bis.* — Peut-on articuler, postérieurement à la requête exigée par l'art. 875, des faits qui n'auraient pas été compris dans cette requête ? *Q.* 2966. — Mais l'époux demandeur ou défendeur en séparation de corps pourrait-il, sur l'appel, articuler de nouveaux faits antérieurs à l'action, lorsque ceux articulés en première instance ne fournissent pas une preuve suffisante ? *Q.* 2967. — Le président, avant d'accorder, sur la requête qui lui est pré-

(1) [Si l'ordonnance du président qui n'a pu concilier les parties prescrit la remise des effets à la femme et que le mari refuse, il peut être fait commandement par l'exploit même d'ajournement, sinon par un commandement spécial. *V.* notre *Comm du Tarif*, t. 2, p. 263, n° 13.]

sentée, l'ordonnance portant comparution des parties, doit-il faire au requérant les observations qu'il jugera convenables? *Q.* 2967 *bis.*— Quel est le délai que doit accorder le président aux parties pour se présenter devant lui? *Q.* 2967 *ter.* — Y a-t-il lieu à comparution des parties devant le président, dans tous les cas où la séparation de corps peut être demandée? *Q.* 2968. — Si l'un des époux était empêché par maladie de se présenter devant le président, que devrait faire ce magistrat? *Q* 2969. — Si le défendeur refusait de se présenter, ou se trouvait dans l'impossibilité de le faire, le président passerait-il outre? *Q* 2970. — Le président devrait il également passer outre, si le demandeur ne se présentait pas? *Q.* 2970 *bis.* — Le président doit il dresser procès-verbal constatant qu'il n'a pu concilier les époux, ainsi qu'il le devait faire en matière de divorce, conformément à l'art. 239 du Code civil? *Q.* 2971. — Le président qui n'a pu parvenir à réconcilier les parties, doit-il les renvoyer à se pourvoir au bureau de conciliation? Ne doit-il pas, au contraire, les renvoyer à se pourvoir directement devant le tribunal civil? *Q.* 2972.— Pour que la femme demanderesse en séparation puisse se pourvoir devant les tribunaux, faut-il qu'elle y soit expressément autorisée par l'ordonnance du président? *Q* 2972 *bis.* — L'ordonnance du président rendue en conformité de l'art. 878 est-elle susceptible d'appel? *Q.* 2972 *ter.* — La demande en séparation de corps doit-elle être affichée, conformément à l'art. 867, attendu qu'elle entraîne nécessairement la séparation de biens? *Q.* 2973. — Le président peut-il autoriser la femme à fixer sa résidence hors de l'arrondissement dans lequel le mari a son domicile? *Q.* 2974. — Si la femme avait quitté le domicile indiqué par le président, en résulterait-il une fin de non recevoir contre sa demande en séparation? *Q.* 2975. — La femme serait-elle déclarée non recevable, si elle quittait le domicile conjugal, sans être autorisée par ordonnance à se retirer provisoirement dans une maison indiquée? *Q.* 2975 *bis.*— La femme demanderesse en séparation de corps peut-elle faire les actes conservatoires permis à la femme demanderesse en séparation de biens? *Q.* 2976. — Lorsque la femme a fait apposer les scellés, un créancier porteur d'un titre exécutoire contre la communauté pourrait-il, pour frapper les meubles, demander et obtenir le lief de scellés? *Q.* 2977. — La demande en séparation de corps peut-elle être formée et jugée incidemment à un procès existant entre les deux époux, par exemple, s'ils plaidaient en séparation de biens? *Q.* 2978.]

DXLVIII. Les dispositions des articles ci-dessus dérivent de cette pensée, déjà émise dans les préliminaires de ce titre, que la qualité des parties devait entraîner des égards particuliers, et, par suite, quelque changement à la tentative préalable de la conciliation; d'où est résultée l'adoption de la procédure que prescrivent ces mêmes articles; « procédure sage, disait M. Mouricaut, dans son rapport au Corps législatif, et qui était ci-devant pratiquée au Châtelet. »

2964. *La demande en séparation de corps peut-elle être intentée par la femme mineure, sans l'autorisation de son mari, et sans l'assistance d'un curateur?*

Nul doute que la femme, même mineure, n'a pas besoin d'autorisation de son mari pour plaider contre lui en séparation de corps; mais on pourrait croire, d'après ce que nous avons dit sur la *Quest.* 2932, qu'il lui faudrait l'assistance d'un curateur.

La Cour de Bordeaux, par arrêt du 1er juill. 1806 (Voy. *nouv. Répert.*; au mot *Séparation de corps*, § 3, n° 8), a jugé que l'autorisation donnée par le président, conformément à l'art. 878, la dispensait de cette assistance, et nous pensons aussi qu'elle n'en a besoin ni pour présenter sa requête, ni pour suivre sa demande en séparation.

C'est que, dans la circonstance actuelle, on ne peut faire valoir les raisons que nous avons données sur la question précitée, parce que l'action en séparation de corps, ainsi que le remarque la Cour de Bordeaux, a plutôt pour objet d'obtenir une protection pour la personne que de réclamer les biens.

[[La doctrine est fixée dans ce sens. *V.* MM. MERLIN, *Répert.*, t. 12, v° *Séparation de corps*; BERRIAT SAINT-PRIX, p. 676, not. 5; FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 111; DALLOZ, t. 11, p. 902, et MASSOL, *De la Séparation de corps*, p. 105 (1). Nous avons déjà nous-même soutenu cette opinion, dans

(1) [Ce dernier auteur enseigne toutefois que la nomination d'un curateur est nécessaire lorsque la femme mineure, pour ramener le jugement à exécution, veut obtenir le montant de ses capitaux, et il se fonde par induction sur l'art. 482, Cod. civ., relatif au mineur émancipé.]

notre *Comment. du Tarif*, t. 2, p. 363, n° 14. Le motif de décision indiqué ici par M. Carré nous paraît péremptoire; il s'agit, pour l'épouse qui demande sa séparation, d'une mesure à laquelle sa sûreté et son honneur sont intéressés. L'art. 306 du Code civil, qui lui permet de former une demande en séparation de corps, ne s'occupe pas du point de savoir si elle est majeure ou mineure, et ne renouvelle pas, dans ce dernier cas, les dispositions relatives à celui où il s'agit, pour le mineur, de l'exercice d'actions relatives à ses biens. On peut d'ailleurs remarquer que les formalités prescrites par les art. 875 et suiv., la nécessité de soumettre les motifs de séparation au président du tribunal, d'en obtenir une ordonnance, de comparaître devant lui ....., etc., garantissent d'une manière suffisante que l'action ne sera pas légèrement intentée.]]

2965. *Quel est le tribunal au président duquel la requête doit être présentée ?*

L'art. 875 dit que le demandeur présentera la requête au président du tribunal *de son domicile*; mais il est clair qu'il s'agit toujours du domicile du mari, puisque la femme ne peut en avoir un autre. (Voy. *Quest.* 2936; BERRIAT SAINT-PRIX, p. 675, not. 2; Code civ., art. 108.)

[[C'est aussi ce qu'a jugé la Cour d'Aix, le 7 mars 1809 (*J. Av.*, t. 21, p. 146; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.2.38), et ce que décident MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 575, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 485; il ne peut s'élever aucun doute à cet égard.]]

[[**2965** bis. *Le changement de domicile du mari, pendant le cours de la procédure réglée par les art.* 875 *à* 878, *opère-t-il dévolution en faveur du tribunal de sa nouvelle résidence.*

En d'autres termes : *Quand peut-on dire que l'instance est liée entre les parties?*

Nous avons résolu cette question dans notre t. 1, p. 282, *Quest.* 254, et nous avons pensé que la citation devant le président engageait l'instance. Nous ajouterons aux autorités qui s'y trouvent mentionnées, l'indication de deux arrêts, l'un de la Cour d'Amiens, du 31 avril 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 719), conforme à notre opinion; l'autre de la Cour de Grenoble, du 24 août 1833 (*J. Av.*, t. 47, p. 585), qui a adopté le sentiment contraire.]]

2966. *Peut-on articuler, postérieurement à la requête exigée par l'article* 875, *des faits qui n'auraient pas été compris dans cette requête?*

Nous avons dit le contraire sur la *Quest.* 841 de notre *Analyse*, d'après deux arrêts, l'un de la Cour de Riom, l'autre de celle de Paris; mais nous avons annoncé, t. 2, p. 482, à la note, que, par arrêt du 19 mai 1812, la 2e chamb. de la Cour de Rennes a rendu une décision absolument opposée, à laquelle on peut joindre une autre décision de la Cour de Besançon, du 9 avril 1808 (Voy. *Jurisp. du Cod. civ.*, t. 11, p. 330, et *J. Av.*, t. 21, p. 125), et nous avons ajouté que c'est à cette dernière qu'il faut s'en tenir, parce qu'on peut argumenter en sa faveur de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 mai 1807, rapporté au *Nouv. Répert.*, au mot *Enquête*, § 4, t. 4, p. 607.

[[Aux arrêts cités par M. Carré, à l'appui de sa nouvelle opinion, on peut ajouter les décisions des Cours de Limoges, 15 janv. 1817; Rennes, 24 nov. 1820; 11 fév. 1826 (*J. Av.*, t. 21, p. 125 et 169); Douai, 9 avril 1825 (*Ibid.*, t. 30, p. 22); Paris, 31 août 1830 (*Gaz. des trib.*, n° du 3 sept.), et le sentiment conforme de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 111, et DALLOZ, t. 11, p. 903.

La Cour de Bruxelles, 12 frim. an XIV (*J. Av.*, t. 21, p. 134), a jugé, conformément aux mêmes principes, que le demandeur en divorce qui, lors de la présentation de la requête, n'a pas joint toutes les pièces à l'appui de sa demande, peut en produire de nouvelles à l'audience.

Toutes ces décisions nous paraissent fondées : l'exposé des faits qui motivent l'instance en séparation, joint à la requête que prescrit l'art. 875, a pour unique objet de faire apprécier, d'une manière générale, au président du tribunal, la gravité de la contestation, et de le mettre à même d'accomplir le devoir de conciliation que lui impose l'art. 878. Il n'est donc pas besoin, dans cet acte, d'entrer dans les détails et les précisions nécessaires devant le tribunal appelé à ordonner une enquête et à rendre le jugement. Aussi l'art. 875 exige-t-il simplement un exposé *sommaire*, ce qui implique le droit de présenter plus tard des développements et même des faits nouveaux. On sent combien il serait fâcheux qu'une fin de non-recevoir, tirée d'un oubli dans la première phase de la procédure, empêchât, pendant le cours de l'instance, une production importante, et de nature à entraîner la conviction des magistrats.]]

2967. *Mais l'époux demandeur ou défendeur en séparation de corps pourrait-il, sur l'appel, articuler de nouveaux faits,* ANTÉRIEURS *à l'action, lorsque ceux articulés en première instance ne fournissent pas une preuve suffisante ?*

La négative a été jugée par arrêt de la Cour de Paris du 23 avril 1810 ; elle a considéré qu'en cette circonstance les faits étaient tardivement *présentés* (*J. Av.*, t. 21, p. 135) : cette décision confirme ce que nous avons cru pouvoir établir sur la *Quest.* 1136, t. 3, p. 55.

[[M. Favard de Langlade embrasse, en termes généraux, l'opinion de M. Carré : il nous paraît important de distinguer, avant tout, les espèces dans lesquelles la question peut se produire.

S'il s'agit de faits postérieurs à l'instance d'appel, nul doute que la partie ne soit en droit de les présenter pour la première fois devant la Cour. Poitiers, 18 fév. 1825 (*J. Av.*, t. 28, p. 39), et Bruxelles, 6 déc. 1830 (*Journ.* de cette Cour, 1830.2.139).

A l'égard des faits antérieurs à l'appel et connus du demandeur, deux cas se présentent. Les faits n'ont pas été articulés dans la requête ; ils ne l'ont point été pendant le cours de l'instance devant le tribunal civil.

La première hypothèse rentre, comme on le voit, dans la *Quest.* 2966, et se résout d'après les principes que nous avons émis à cet égard : un arrêt de Metz, 8 juill. 1824 (*J. P.*, 3ᵉ éd., t. 18, p. 872), s'est d'ailleurs formellement prononcé dans ce sens. La seconde a été discutée par nous, dans nos observations sur la *Quest.* 1136, et résolue contrairement à l'opinion de M. Carré.

Il est inutile de revenir ici sur tout ce que nous avons dit à ce sujet ; nous ferons seulement observer qu'à l'arrêt de Paris, 23 avril 1810, susmentionné, on peut opposer l'autorité d'arrêts plus récents et plus nombreux : Dijon, 11 fév. 1819 (*J. Av.*, t. 21, p. 135); Bordeaux, 29 déc. 1829 (*J. Av.*, t. 39, p. 101); Nancy, 30 août 1831 (*J. Av.*, t. 43, p. 533).]]

[[**2967** bis. *Le président, avant d'accorder, sur la requête qui lui est présentée, l'ordonnance portant comparution des parties, doit il faire au requérant les observations qu'il jugera convenables ?*

Bien que ni l'art. 875 ni l'art. 876 ne lui imposent cette obligation, M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 575, approuve cette manière d'agir qui peut, dit cet auteur, éviter de grands inconvénients, en arrêtant dans sa source une contestation

mal fondée. On tire d'ailleurs, en faveur de cet avis, une induction des art. 865, Cod. proc. civ., et 237, Cod. civ., qui prescrivent cette mesure, l'un en matière de séparation de biens, l'autre dans le cas du divorce.

Nous ferons observer que la partie n'étant pas tenue de présenter en personne sa requête, ce n'est presque jamais elle, en fait, qui s'acquitte de ce soin : il est souvent impossible au président de faire les représentations qu'il jugerait convenables. Néanmoins, lorsque la partie demanderesse se présente devant lui, il est de son devoir de l'avertir des graves conséquences que peut avoir ce premier pas, et de tâcher de la ramener à des sentiments d'une pieuse résignation.]]

[[**2967** ter. *Quel est le délai que doit accorder le président aux parties pour se présenter devant lui?*

La loi n'en fixe pas, et nous croyons qu'il faut l'abandonner entièrement à la discrétion de ce magistrat. Il doit en être ici de même qu'en matière de référé, quoique nous soyons loin de considérer comme cas de référé la mission conciliatrice accordée par la loi, en matière de séparation de corps, au président du tribunal de première instance. M. THOMINE DESMAZURES, qui ne fait pas cette distinction, enseigne cependant, t. 2, p. 485, que le juge doit, par analogie de l'art. 51, accorder aux parties un délai de trois jours au moins, pour comparaître devant lui. Nous ne voyons pas que rien, dans notre titre, l'oblige à prendre ce terme plutôt que tout autre. Si la loi l'établit en matière ordinaire, c'est que la citation en conciliation, étant faite par les parties elles-mêmes, ne pouvait être abandonnée à leur arbitraire ou à leur mauvaise foi : mais ici, c'est le président du tribunal qui les appelle, et dès lors on n'a plus à redouter des inconvénients de ce genre. Voilà ce qui explique le silence de la loi.]]

2968. *Y a-t-il lieu à comparution des parties devant le président, dans tous les cas où la séparation de corps peut être demandée?*

Quatre causes de séparation sont énumérées au Code civil (*Voy.* art. 229, 230, 231, 232 et 306), savoir : l'adultère de la femme, l'adultère du mari en certains cas, les excès, sévices ou injures graves de l'un des époux envers l'autre ; enfin, la condamnation de l'un des époux à une peine infamante. Ce n'est qu'autant que la demande est fondée sur l'une des trois premières causes qu'elle est susceptible de l'application des dispositions du Code de procédure ; la quatrième pouvant être facilement démontrée, il suffit à l'époux demandeur de présenter requête au président contenant l'objet de sa demande, avec expédition du jugement criminel et certificat de la Cour, qui constate qu'il a acquis l'autorité de la chose jugée.

Le président nomme un rapporteur, et jugement intervient sur les conclusions du ministère public, dans la forme des jugements sur requête.

Telles sont, dit M. PIGEAU, t. 2, p. 521, les formes très simples que l'on suit en cas de condamnation de l'époux défendeur à une peine infamante.

La preuve de ce fait est si claire qu'il n'est pas besoin d'assigner ni d'entendre la partie adverse; mais on peut opposer que cette procédure si rapide n'est autorisée qu'en matière de divorce. (*Voy.* Cod. civ., art. 261.)

Nous répondons qu'à plus forte raison elle doit être suivie pour la séparation de corps qui est bien moins importante.

[[Tel est également l'avis de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2. p. 574; DURANTON, t. 2, n° 567; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 484, et MASSOL, *de la Séparation de corps*, p. 106.

Nul doute, en ce qui concerne la procédure, que la pièce la plus importante

à joindre à la requête, dans ce cas, ne soit le jugement de condamnation à une peine infamante; mais de cela que cette pièce est produite suit-il que tout est fini, que le président n'a plus de mission pour concilier les époux, que le tribunal doit à l'instant même, et sans autre information, prononcer entre eux la séparation de corps? La religion et la morale la plus vulgaire nous paraissent repousser une telle décision.

Toutes les causes de séparation énumérées par l'art. 229, Cod. civ., sont facultatives; il dépend de l'époux qui peut s'en prévaloir de prévenir par son silence ou d'empêcher par sa renonciation les résultats que la loi leur attribue. Lors même que la nécessité est plus puissante que toutes les considérations contraires, il faut encore qu'un dernier essai de conciliation soit tenté, et la loi le confie, non pas au juge de paix, comme en matière ordinaire, mais au président du tribunal lui-même, plus capable, par son expérience et sa position, d'en assurer la réussite.

Et lorsque les offenses les plus déshonorantes, les excès les plus graves, l'adultère même, ne dispensent point ce magistrat d'une tâche aussi importante que délicate, il n'en serait pas ainsi, à raison d'un fait, bien grave, sans doute, aux yeux de la société, mais qui en définitive ne porte atteinte ni à l'honneur, ni à la sûreté d'un conjoint, et qui même, s'il n'écoute que la voix de la religion et le sentiment de l'affection, n'est pour lui qu'un motif de plus de s'attacher à celui dont la loi lui permet de se séparer?

Nous croyons donc qu'il est non-seulement permis, mais convenable, mais moral, que le président appelle en sa présence celui dont le conjoint a été frappé par la justice d'une peine infamante, qu'il essaie d'empêcher une séparation, qui serait peut-être, pour ce dernier, le malheur le plus grand de tous, et que la loi n'a pas prononcé contre lui; qu'il se conforme enfin, si l'on ne trouve pas de telles raisons assez *juridiques*, à la loi, qui lui impose cette obligation dans tous les cas indistinctement....

Qu'oppose-t-on à ces arguments?... une disposition insérée au titre du Divorce? Mais le divorce est aboli.... L'analogie des matières?... M. Carré a lui-même combattu toute induction de ce genre, notamment sur les *Quest.* 2975, et 2979 (*Voy.* aussi *Quest.* 2985); la difficulté, ou même l'impossibilité, dans certaines circonstances, de transporter le condamné au lieu où doit s'effectuer l'essai de conciliation? Mais ce n'est pas la présence de ce dernier qui est nécessaire, c'est celle du demandeur en séparation. D'ailleurs l'obstacle sera généralement facile à lever, et lors même qu'il en serait autrement, ce n'est pas là ce qui arrête l'observation des formes prescrites par l'art. 878, ainsi qu'il est dit sur la *Quest.* 2970, et comme le reconnaissent tous les auteurs. Ainsi, nulle objection sérieuse ne vient contrarier notre doctrine, conforme d'ailleurs au texte précis de la loi.

MM. TOULLIER, t. 2, p. 98; FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 113, et ZACHARIÆ, t. 3, p. 365, se sont prononcés en faveur de ce dernier avis. M. DALLOZ, t. 11, p. 906, semble indécis entre les deux systèmes.]]

2969. *Si l'un des époux était empêché, par maladie, de se présenter devant le président, que devrait faire ce magistrat?*

Il agirait ainsi qu'il est dit dans l'art. 236 du Code civil. (*Voy.* PIGEAU, p. 526, et DELAPORTE, t. 2, p. 411.)

[[Cette disposition porte que, sur la réquisition de la partie demanderesse et le certificat de deux docteurs en médecine, le président se transportera en son domicile pour y recevoir sa demande. On sent bien que toutes ces formes ne sont nullement prescrites, lorsqu'il s'agit, non plus de divorce et de demande à cet effet, mais de séparation de corps et d'essai de conciliation; la

partie n'aura donc pas à requérir le magistrat, qui n'a pas non plus de certificat à exiger : mais il est incontestable que ce dernier peut, suivant les circonstances, se rendre au domicile du demandeur, ou renvoyer la comparution des parties à un autre jour qu'il indiquera; un pouvoir discrétionnaire lui est laissé à ce sujet, ainsi que nous l'avons dit dans notre *Comm. du Tar.*, t. 2, p. 362, nº 6. C'est aussi ce qui paraît résulter des explications de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 574, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 485.]]

2970. *Si le défendeur refusait de se présenter* [[*ou se trouvait dans l'impossibilité de le faire*]], *le président passerait-il outre ?*

Il ferait à l'époux présent les observations propres à opérer un rapprochement, et rendrait, conformément à l'art. 878, l'ordonnance de renvoi à se pourvoir.

En effet, ainsi que le fait observer M. DELVINCOURT, t. 1, p. 438, l'art. 877, par ces mots *seront tenus*, ne dit pas que le défendeur est *absolument* tenu de comparaître, mais que s'il comparaît, ce doit être *en personne*, sans avoué ni conseil; observation qui ne détruit point la solution donnée au numéro précédent, qui se rapporte à l'espèce où une partie fait connaître son empêchement et annonce par là qu'elle ne refuse pas d'entendre les représentations du président.

[[Les règles tracées par l'art. 878, il ne faut pas le perdre de vue, ne concernent qu'une tentative de conciliation, et l'on sait qu'en cette matière, aux termes de l'art. 56, les parties sont toujours libres de ne pas se présenter, sauf la condamnation à une amende que, même dans les séparations de corps, la loi ne prononce pas. Toutefois, dans ce dernier cas, l'utilité d'une semblable tentative est d'un ordre bien plus élevé; il est, en quelque sorte, de l'intérêt de la société tout entière, que les époux n'abandonnent pas la vie commune; et la loi, en confiant au président du tribunal l'essai de conciliation, montre assez combien elle tient à son succès. De ces principes, qui sont incontestables, diverses conséquences ont été tirées. M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 485, qui veut que l'ordonnance porte un délai de trois jours francs, et soit signifiée par huissier commis, enseigne qu'à défaut d'observation de ces formalités, le président ne doit point passer outre, en cas d'absence de la partie assignée, mais au contraire surseoir jusqu'à ce qu'elle ait été mise à même de comparaître devant lui. Nous avons dit *suprà*, p. 460, *Quest.* 2967 *ter*, qu'il fallait sans doute prendre toutes les précautions nécessaires pour que le défendeur fût averti; mais qu'un pouvoir discrétionnaire était à cet égard abandonné au président, ce qui rend sans intérêt la précision de M. Thomine. Mais si la partie se trouvait dans l'impossibilité constatée de comparaître; si, par exemple, elle était atteinte d'une maladie grave, il nous paraît, avec la Cour de Pau, 18 janv. 1830 (*J. Av.*, t. 38, p. 349), qu'en renvoyant, sans autre forme, devant le tribunal, le président manquerait au devoir que la loi lui impose, et que tous les actes postérieurs seraient frappés de nullité. En cas de refus de sa part, il doit en être autrement, puisque le défendeur est toujours libre, par son absence, d'empêcher, autant qu'il dépend de lui, la réconciliation, mais qu'il n'a pas le pouvoir, par cette manière d'agir, d'arrêter les poursuites dirigées contre lui. Aussi tous les auteurs enseignent-ils que le président rendra, dans cette occasion, l'ordonnance de renvoi devant les tribunaux.

Si l'un des époux se trouve dans une maison de force, le président, comme l'enseigne M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 486, pourra prononcer son extraction, qui aura lieu sur l'injonction du procureur du roi, inscrite à la suite de l'ordonnance. (*Voy.* notre *Quest.* 2968.)]]

[[**2970** bis. *Le président devrait-il également passer outre, si le demandeur ne se présentait pas ?*

Non, évidemment, suivant la juste observation de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 112. Le demandeur serait censé, dans ce cas, s'être désisté de son action : ici l'art. 56, qui statue dans les cas de conciliation ordinaire, n'est nullement applicable. (*Voy.* d'ailleurs la question précédente.)]]

2971. *Le président doit-il dresser procès-verbal constatant qu'il n'a pu concilier les époux, ainsi qu'il le devait faire en matière de divorce, conformément à l'art. 239 du Code civil ?*

Non [[évidemment]], puisque l'art. 878 veut que l'ordonnance de renvoi soit inscrite à la suite de celle qui ordonne la comparution.

2972. *Le président qui n'a pu parvenir à réconcilier les parties doit-il les renvoyer à se pourvoir en bureau de conciliation ? Ne doit-il pas, au contraire, les renvoyer à se pourvoir directement devant le tribunal civil ?*

Dans quelques éditions du Code [[même officielles]], les mots *sans citation préalable* sont placés entre deux virgules; de là plusieurs avaient conclu que le président devait renvoyer les parties à se pourvoir au bureau de conciliation, mais sans qu'il fût besoin de citation préalable.

Aujourd'hui personne ne doute que telle n'a point été l'intention du législateur, et qu'afin que les expressions que nous venons de citer expriment la véritable intention du législateur, il faut supprimer la seconde virgule, et lire comme s'il y avait : *il les renvoie à se pourvoir, sans citation préalable au bureau de conciliation* ; d'où il suit que le président renvoie directement au tribunal : c'est au reste ce que prouvent les discours du conseiller d'Etat Berlier et du tribun Mouricaut. (*Voy.* édit. de F. Didot, p. 289 et 318.) En effet, le président ayant fait l'office de conciliateur, à quoi bon les parties seraient-elles renvoyées en bureau de paix ? (*V.* art. 49.)

[[L'opinion contraire semble pourtant résulter d'un arrêt de Bruxelles, 29 janv. 1806 (*J. Av.*, t. 21, p. 135). Mais le sentiment de M. Carré, conforme à la seule interprétation raisonnable de la loi, a été adopté par MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 675, note 4, FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 112, note ; DALLOZ, t. 11, p. 903 et MASSOL, p. 108 ; et sanctionné par arrêts de Cassation, 17 janv. 1823 et 17 juill. 1825 ; et de Lyon, 12 janv. 1825 (*J. Av.*, t. 24, p. 18 ; et t. 30, p. 87 et 192). Il a même été jugé par la Cour d'Orléans, 2 août 1821 (*J. Av.*, t. 21, p. 171), que le défendeur à une séparation de corps qui forme une demande incidente n'est pas tenu d'épuiser à cet égard le préliminaire de la conciliation devant le président du tribunal civil. Toutefois, cette décision ne devrait pas être étendue au cas où ce même défendeur demanderait reconventionnellement la séparation : il n'y a pas de raison pour que le président soit alors dispensé de la mission de conciliateur que la loi lui confie. Nous approuvons donc un arrêt de Rennes, 26 décemb. 1820 (*J. Av.*, t. 21, p. 170), qui a décidé la question dans ce sens.]]

[[**2972** bis. *Pour que la femme, demanderesse en séparation, puisse se pourvoir devant les tribunaux, faut-il qu'elle y soit expressément autorisée par l'ordonnance du président ?*

Il est certain que la femme ne peut intenter une action si importante

sans y être autorisée par justice, c'est-à-dire par l'ordonnance que rend le président à la suite d'une tentative infructueuse de conciliation. Sans cet acte préliminaire, sa demande serait repoussée par une insurmontable fin de non-recevoir, comme l'a jugé la Cour de Rennes, 26 déc. 1820 (*J. Av.*, t. 21, p. 170); mais suit-il de là que l'autorisation doit être conçue en termes exprès, et en quelque sorte sacramentels? qu'elle ne résulte pas, par exemple, d'un renvoi à se pourvoir, clairement exprimé dans l'ordonnance? Malgré la décision contraire d'un arrêt d'Orléans, 20 janv. 1809 (*J. Av.*, t. 21, p. 44), nous ne croyons pas que les termes de l'art. 878 doivent être si rigoureusement entendus. Lorsque le président permet *d'assigner* ou de se *pourvoir*, sans entrer dans d'autres détails, il ne peut évidemment exister aucun doute sur son intention, et sur la validité des poursuites. Nous pouvons, du reste, en faveur de notre opinion, invoquer un arrêt de Colmar, 12 décembre 1816 (*J. Av.*, t. 5, p. 81). Quant à la question de savoir si le président pourrait refuser d'accorder l'ordonnance dont parle l'art. 878, et si sa décision, en quelque sens qu'elle soit rendue, est susceptible d'appel, voy. nos questions sur l'art. 1040.]]

2973. *La demande en séparation de corps doit-elle être affichée conformément à l'art. 867, attendu qu'elle entraîne nécessairement la séparation de biens?*

Non, d'après ce que nous avons dit sur la *Quest.* 2933. Telle est l'opinion de M. MERLIN (Voy. *Nouv. Répert.*, au mot *Séparation de corps*), contraire à celle de M. PIGEAU, t. 2, p. 527, et des rédacteurs de la *Bibliothèque du barreau*, 1re part., t. 3, p. 162.

[[C'est l'opinion que nous avons émise sous la même question. (*Voy.* aussi notre *Commentaire du Tarif*, t. 2, p. 367, n° 28.)]]

2974. *Le président peut-il autoriser la femme à fixer sa résidence hors de l'arrondissement dans lequel le mari a son domicile?*

La Cour d'appel de Paris, par arrêt du 4 déc. 1810 (SIREY, t. 11, p. 435, et *J. Av.*, t. 21, p. 151), a décidé cette question négativement, malgré la généralité des termes de l'art. 878, attendu que la femme et les enfants doivent être placés près du mari et sous sa surveillance. (*Voy.* les développements donnés par M. Coffinières à ces motifs de décision, dans le *J. Av.*, 1re éd., t. 3, p. 31, et t. 4, p. 244.)

[[M. Coffinières en rapportant l'arrêt de Paris dans le *Journal des Avoués, loco citato*, l'accompagne de quelques réflexions qui tendent à en justifier la doctrine. La séparation, d'après lui, ne dissout pas le mariage, elle ne fait qu'en relâcher le lien. Elle doit laisser intacts les droits de surveillance du mari sur son épouse et sur ses enfants, ce qui serait impossible, s'ils étaient autorisés à fixer leur résidence hors de l'arrondissement de son domicile.

En thèse générale, nous ne contestons ni l'exactitude de ces principes, ni même la convenance de leur application ; mais résulte-t-il de là qu'il soit interdit au président d'indiquer à la femme une résidence hors du lieu du domicile de son époux? La loi lui laisse, au contraire, toute latitude à cet égard, par la généralité des termes de l'art. 878, et nous croyons que c'est dans une intention qu'il n'est pas permis de méconnaître; si les père et mère de la femme résident dans un autre lieu, et que, dans celui du domicile du mari, elle n'ait ni parents, ni protecteurs, pourquoi veut-on que le magistrat lui refuse un asile que toutes les convenances indiquent impérieusement? Rien de plus arbitraire, d'ailleurs, que cette fixation de l'arrondissement : pourquoi pas

plutôt celle de la ville où le mari réside, si l'on s'attache aux raisonnements de M. Coffinières? La Cour de Paris, le 15 juin 1827 (*Gazette des Tribunaux*, n° du 26 juin), est revenue sur sa première jurisprudence, et nous croyons que c'est avec raison, sans méconnaître toutefois l'importance des motifs qui doivent généralement engager le président à ne pas indiquer un domicile trop éloigné.]]

2975. *Si la femme avait quitté le domicile indiqué par le président, en résulterait-il une fin de non-recevoir contre sa demande en séparation?*

L'art. 268 du Code civil porte que si la femme est demanderesse en divorce, le mari pourra la faire déclarer non recevable à continuer ses poursuites.

Mais l'art. 878 du Code de procédure n'a point répété cette di position relativement à la séparation de corps; or, il en est des fins de non-recevoir comme des nullités, on ne peut les étendre d'un cas à un autre.

Ainsi, nous sommes porté à croire que le mari ne serait pas recevable à argumenter de la circonstance dont il s'agit pour repousser la demande en séparation. (*Voy.* arrêt de la Cour de Turin du 11 février 1811.)

Au reste, le tribunal aurait toujours le droit d'admettre ou de rejeter cette fin de non-recevoir, suivant les circonstances; et, par exemple, nous ne doutons pas qu'elle ne fût rejetée, si la femme n'avait quitté la maison qui lui aurait été indiquée, que par nécessité, et que sa retraite dans une autre ne présentât rien qui fût en opposition aux bienséances et aux mœurs. (*Voy.* arrêts de la Cour de Bruxelles du 15 juill. 1807, *Jurisp. des Cours souv.*, t. 5, p. 411, et de la Cour de Dijon du 28 avril 1807, *Jurisprudence du Code civil*, t. 9, p. 19.)

[[Il a été également jugé qu'il n'y a pas lieu à la fin de non-recevoir, lorsque la femme quitte la résidence choisie momentanément par ses père et mère, dans le lieu du domicile conjugal, pour les suivre à leur domicile habituel; Orléans, 5 août 1815 (*J. Av.*, t. 21, p. 161); ou parce qu'au lieu d'habiter la maison assignée par le président, elle s'est retirée dans celle qui lui a été choisie par la personne chez laquelle elle devait se retirer; Nancy, 30 août 1832 (*J. Av.*, t. 41, p. 533). *Voy.* aussi arrêts de Turin, 11 fév. 1811; Bruxelles, 26 déc. 1811; Nîmes, 26 déc. 1811; Cassation, 27 janv. 1819; Rennes, 26 déc. 1820 (*J. Av.*, t. 21, p. 154 et 170; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.2.597; 6.1.13). On peut donc considérer la jurisprudence comme fixée en ce sens.

Remarquons, toutefois, que ce sont là généralement des décisions d'espèces qui ne tranchent nullement la question de savoir si l'abandon du domicile assigné à la femme peut constituer une fin de non-recevoir contre sa demande. M. Carré, comme on le voit, semble admettre d'abord la négative, puis ensuite l'affirmative; M. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 113, et M. PIGEAU, *Comment.*, t. 2, p. 579, paraissent croire, le premier, que cette fin de non-recevoir n'existe pas; le second, au contraire, qu'il est permis dans certains cas de prononcer la fin de non-recevoir.

Nous ne pouvons concevoir, quant à nous, que ce soit là un motif suffisant pour faire rejeter la demande en séparation; dans quelque hypothèse que l'on se place, il est plus juste de dire, avec M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 490, que faute par la femme de présenter des causes légitimes d'excuse, les juges sont en droit de suspendre les poursuites et de lui imposer telles injonctions qu'il convient. La désobéissance de la femme n'affecte en rien la légitimité de ses demandes; mais lorsqu'elle s'est placée sous la protection de la justice, elle ne peut se soustraire aux obligations qui résultent de ce fait.]]

[[**2975** bis. *La femme serait-elle déclarée non recevable si elle quittait le domicile conjugal, sans être autorisée par ordonnance à se retirer provisoirement dans une maison indiquée ?*

Nous croyons qu'en général, et pour peu que la demande lui paraisse sérieuse, le président, dans l'intérêt même de la réconciliation des époux, doit faire cesser une cohabitation qui serait une source perpétuelle de débats. Aussi l'art. 878 suppose-t-il que l'ordonnance qui autorise la femme à procéder à sa demande, doit indiquer en même temps la maison où elle doit se retirer; Cassation, 26 mars 1828 (*J. P.*, 3e édit., t. 21, p. 1325). Mais il peut se faire que la femme ait quitté le domicile conjugal avant de présenter sa requête; ou que, la demande ayant été rejetée, les juges ordonnent sa réintégration, mais que, sans avoir égard à leur injonction, elle recommence l'instance; ou enfin que le président, usant de son pouvoir discrétionnaire, ait cru plus convenable de la laisser pendant le cours de l'instance chez son époux; et l'on peut, dans tous ces cas, se demander si le refus de la femme élève une fin de non-recevoir contre son action? Ce qui distingue cette question de la précédente, c'est qu'ici le conjoint demandeur commet une désobéissance aux ordres de la justice; il refuse en quelque sorte ouvertement de reconnaître son empire, ce qui paraît rendre plus puissantes les raisons de douter que nous avons déjà exposées. Ajoutons que la jurisprudence est loin d'avoir résolu nettement la question. La Cour d'Aix, le 29 frim. an XIII (*J. Av.*, t. 21, p. 130; DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.2.11), a jugé que l'abandon du domicile conjugal n'empêchait point la femme de réclamer une provision alimentaire, et la Cour de Nîmes, le 26 déc. 1811 (*J. Av.*, t. 21, p. 255), a également rendu une décision qui repousse la fin de non-recevoir, mais en se fondant sur des circonstances particulières, et aucun de ces arrêts ne décide la question *in terminis*. La Cour de Paris, le 24 janv. 1826 (*J. P.*, 3e édit., t. 20, p. 87), s'est montrée plus explicite, et nous croyons avec elle que la solution donnée au numéro précédent s'applique, par les mêmes motifs, à celui-ci. Le fait du refus de la femme, quelque blâmable qu'il puisse être, ne touche en rien à la légitimité de sa demande. Le tribunal, pour le faire cesser, peut ordonner telle mesure qu'il juge convenable, par exemple, lui refuser la provision alimentaire, nonobstant l'arrêt d'Aix précité; mais son pouvoir ne va pas plus loin. Il en serait toutefois autrement si, en renvoyant la femme à se pourvoir, le président subordonnait cette condition à la nécessité de réintégrer le domicile conjugal. Celle-ci serait sans doute en droit d'attaquer l'ordonnance par la voie d'appel : mais, faute de le faire, ou en cas de confirmation, elle ne pourrait se dispenser d'obéir, autrement sa demande serait réputée non-avenue.]]

[[**2975** ter. *De quel moment cesse pour la femme l'obligation d'habiter la maison qui lui a été assignée par le président?*

Du moment où la séparation de corps est prononcée, comme l'a décidé avec raison la Cour de Dijon, le 28 avril 1707 (*J. Av.*, t. 21, p. 140; DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.2.235); au reste, l'effet de l'appel interjeté étant de suspendre l'exécution du jugement (voy. *Quest.* 2987), nous croyons que l'appelant serait en droit de sommer son épouse, qui aurait quitté le domicile assigné, d'y revenir jusqu'à la fin de l'instance; mais en cas de contestation, c'est à la Cour royale qu'il faudrait s'adresser pour en connaître.]]

2976. *La femme demanderesse en séparation de corps peut-elle faire les actes conservatoires permis à la femme demanderesse en séparation de biens?* [[*Le mari défendeur a-t-il le même droit?*]]

Nous pensons qu'elle le peut, car elle est demanderesse en séparation de

biens, par cela même qu'elle est demanderesse en séparation de corps.

En effet, cette séparation entraîne toujours la première, conformément à l'art. 311, Cod. civ. (*Voy.* notre *Quest.* 2939.)

Cependant M. Pigeau refuse à la femme le droit de faire apposer les scellés, attendu que ce droit n'est accordé par l'art. 270, Cod. civ., qu'à la femme demanderesse en divorce.

Mais qu'importe, puisque l'art. 869 autorise la femme qui poursuit une séparation de biens à faire tous actes conservatoires?

C'est aussi ce qui a été jugé par arrêts de la Cour de Bruxelles du 8 mai 1807 et du 13 août 1812 (*Voy.* J. C. S., sur la procédure, t. 5, p. 406, et *J.Av.*, t. 21, p. 22 et 46), et M. DENEVERS, 1810, *supplément*, p. 34, affirme que cette opinion a généralement prévalu. Telle est encore l'opinion de M. DEMIAU, p. 575.

Quoi qu'il en soit, la Cour de Liége, par arrêt du 13 janv. 1809 (voy. *J. Av.*, t. 21, p. 179), et la Cour de Bruxelles (*Voy.* DENEVERS, *ubi suprà*), ont décidé que les tribunaux ne pouvaient ordonner le séquestre des objets non susceptibles d'apposition de scellés, par exemple, des récoltes pendantes par racines, attendu que le séquestre ne peut être permis que dans les trois cas exprimés dans l'art. 1961, Cod. civ.

Nous considérons ces mesures comme conservatoires, et nous appliquons à ce sujet, à la femme demanderesse en séparation de corps, ce que nous avons dit sur la question précitée, relativement à la femme demanderesse en séparation de biens.

[[Sur le point de savoir si la femme peut, en général, faire des actes conservatoires, l'opinion de M. Carré est la nôtre, et celle de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 113; DALLOZ, t. 11, p. 907, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 488 et 490. Ce n'est pas l'art. 270, Cod. civ., qu'il faut appliquer à la femme demanderesse en séparation, comme on pourrait l'induire d'un arrêt de Paris, 9 janv. 1823 (*J.Av.*, t.2, p.45; DEVILL., *Collect. nouv.*, 7.2.258); c'est l'art.869, Cod. proc. civ., relatif aux demandes en séparation de biens. Il suit de là :

1° Que les tribunaux peuvent ordonner au profit de la femme des actes conservatoires autres que ceux qu'autorise l'art. 270, par exemple, le dépôt d'une somme de la communauté dans la caisse des consignations, Metz, 23 janv. 1819 (*J. Av.*, t. 21, p. 167) (1);

2° Que les conditions auxquelles l'art. 270 subordonne la levée des scellés, offrant toutes garanties à la femme, les tribunaux seraient libres d'ordonner cette mesure, si le mari s'engageait à faire inventaire avec prisée, à la charge de représenter les choses inventoriées ou de reproduire leur valeur; mais qu'ils ne seraient nullement astreints à ordonner par cela seul la levée des scellés, et qu'ils ont à cet égard un pouvoir discrétionnaire.

Il importe peu d'ailleurs que les effets, à raison desquels la femme demande des mesures conservatoires, lui appartiennent en propre, ou qu'ils fassent partie des biens de la communauté, dont la séparation de corps lui attribue la moitié (art. 1441, Cod. civ.). Il n'importe pas davantage que la mesure soit prise ou par la femme demanderesse ou par le mari défendeur, car ce dernier peut avoir un intérêt identique à requérir, par exemple, l'apposition des scellés, comme l'a jugé un arrêt d'Angers, 16 juill. 1817 (*J. Av.*, t. 21, p. 55; DEVILL., *Collect. nouv.*, 5.2.305).

En ce qui concerne le droit de requérir le séquestre, la Cour d'Angers, le 27 août 1817 (*J. Av.*, t. 21, p. 181), a jugé, comme celle de Liége, qu'il n'appar-

---

(1) [Mais la femme ne peut, par des oppositions, empêcher le mari de toucher les revenus; Paris, 29 nov. an II (*J. Av.*, t. 21, p. 124).]

tient pas à la femme. Mais nous croyons, avec M. Carré, que cette jurisprudence est fort contestable. Il est, en effet, généralement reconnu par les auteurs que l'art. 1561, Cod. civ., n'est point limitatif, et que les tribunaux peuvent ordonner le séquestre, toutes les fois que l'intérêt des parties semble l'exiger. *Voy.* aussi Bourges, 8 mars 1822, et 18 déc. 1826 (*J. Av.*, t. 30, p. 82; DEVILL., *Collect. nouv.*, 7. 2. 37).

M. MASSOL, p. 165, se prononce en faveur de cette opinion.]]

2977. *Lorsque la femme a fait apposer les scellés, un créancier porteur d'un titre exécutoire contre la communauté pourrait-il, pour frapper les meubles, demander et obtenir le lief des scellés?*

Oui, parce que l'art. 270, Cod. civ., qui porte que les scellés apposés par la femme *ne seront levés qu'en faisant inventaire avec prisée*, n'est point applicable au créancier d'une communauté poursuivant ses droits; il regarde seulement le mari qui voudrait faire lever les scellés apposés sur les effets de cette communauté, à la requête de la femme demanderesse en divorce ou *séparation*. (*Voy.* arrêt de la Cour de Rennes, du 8 août 1810, *Journ.* des arrêts de cette Cour, t. 1, p. 368.)

Dans l'espèce, les scellés avaient été mis, à la requête d'une femme poursuivant la séparation de corps : ainsi l'arrêt que nous citons vient appuyer la solution donnée sur la question précédente.

[[Nous partageons l'opinion de M. Carré. Ce n'est pas à dire toutefois que les tiers puissent intervenir dans l'instance. *Voy.* notre *Quest.* 2980.]]

2978. *La demande en séparation de corps peut-elle être formée et jugée incidemment à un procès existant entre les deux époux, par exemple, s'ils plaidaient en séparation de biens?*

M. PIGEAU, t. 2, p. 329, tient l'affirmative, pour les cas où il arriverait que, dans le cours du procès, l'un des époux se rendît coupable envers l'autre d'imputations calomnieuses.

Alors, dit-il, pourquoi le tribunal ne pourrait-il pas, ainsi qu'il se pratiquait autrefois, accorder, sur la demande de la femme, la séparation de corps en même temps que la séparation de biens?

Nous sommes bien de cet avis, mais sous la condition, impérieusement prescrite par l'art. 878, de la tentative de conciliation devant le président.

[[Il faut aussi remarquer qu'une demande en séparation de corps, intentée par le mari après le jugement en séparation de biens où il était défendeur, ne peut être jointe à l'instance d'appel de cette dernière, même à titre de demande reconventionnelle. Cassat., 26 mars 1828 (J.P., t. 21, p. 1325).

Tel est également l'avis de M. MASSOL, p. 96.

Cependant la Cour de Lyon, 26 mars 1817 (*J. Av.*, t. 13, p. 112), a jugé que la séparation peut être prononcée par une Cour royale saisie seulement de l'appel d'un jugement qui statue sur une demande en provision et sur une demande en nullité du mariage. Mais cette décision nous paraît tout à la fois contraire, et au principe des deux degrés de juridiction, et à la nécessité pour les parties, au moins pour le demandeur, de suivre les formes préliminaires tracées par les art. 875 à 878.]]

ART. 879. La cause sera instruite dans les formes établies pour les autres demandes, et jugée sur les conclusions du ministère public.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 365, n°s 23 à 25.] — Cod. civ., art 307. — Cod. proc., art. 83. — Règl. du 30 mars 1808, art. 32. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Séparation de corps*, n°s 46, 50, 53 à 88, 91 à 101. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n°s 132 à 147. — Devilleneuve, *eod. verb.*, n°s 60 à 77.

QUESTIONS TRAITÉES : L'étranger défendeur à une demande en séparation de corps peut-il décliner la compétence des tribunaux français ? Le peut-il en tout état de cause ? Les tribunaux ne peuvent-ils ordonner aucune mesure provisoire ? *Q.* 2978 *bis*.— Une cause en séparation de corps doit-elle être plaidée en audience solennelle ? *Q* 2979.—Les plaidoiries, en matière de séparation de corps, peuvent-elles avoir lieu à huis clos ? *Q.* 2979 *bis*. — L'art. 134, qui enjoint aux juges, lorsqu'une demande provisoire est formée, et que la cause est en état, de prononcer sur le tout par un seul jugement, est-il applicable dans les causes de séparation de corps ? *Q.* 2979 *ter*.— Les dispositions de l'art. 871 sont-elles applicables à la séparation de corps ? *Q.* 2980. — De ce que la séparation de corps ne peut avoir lieu par consentement mutuel, s'ensuit-il que l'aveu du défendeur ne puisse faire foi des faits allégués par l'autre ? *Q.* 2981. — Si une enquête est ordonnée, peut-elle être faite sommairement à l'audience ? *Q.* 2982. — Les père et mère des époux peuvent-ils être entendus comme témoins ? *Q.* 2983.—Les demandes provisoires que la femme aurait omises de former dans sa requête peuvent-elles être formées en tout état de cause ? *Q.* 2984. — Le tribunal peut-il surseoir au jugement de séparation ? *Q.* 2985. — Quel est l'effet de la mort de l'un des époux dans le cours de l'instance en séparation ? *Q.* 2985 *bis*. — La séparation de biens qu'entraîne de plein droit la séparation de corps est-elle nulle, si les poursuites n'ont pas été commencées dans la quinzaine, ou si elles ont été interrompues depuis ? *Q.* 2986. — L'appel du jugement de séparation de corps et le pourvoi en cassation sont-ils suspensifs ? *Q.* 2987. — La femme dont la séparation de corps a été rejetée doit-elle nécessairement obtenir gain de cause en appel, si son mari ne comparaît pas ? *Q.* 2987 *bis* (1).]

DXLIX. Les mêmes causes qui avaient été déterminées par la loi pour autoriser une demande en divorce, sont celles qui donnent ouverture à l'action en séparation de corps. A l'égard des demandes en divorce, qui ne sont plus admissibles aujourd'hui, le Code civil avait organisé une marche particulière de procédure, art. 228 et suiv., que l'on eût pu croire, si le législateur ne s'en était pas expliqué, devoir suivre dans les poursuites en séparation de corps; mais le Code civil s'est réduit à dire que la demande serait instruite et jugée de la même manière que toute autre action, art. 306 et 307. L'art. 879 reproduit cette disposition.

2979. *Une cause en séparation de corps doit-elle être plaidée en audience solennelle ?*

Autrement, *l'art.* 22 *du décret du* 30 *mars* 1808 *s'applique-t-il aux demandes en séparation ?*

Il existe, sur cette question, deux arrêts opposés, l'un de la Cour de Rouen, du 9 nov. 1808 (S., 15.2.201), qui la décide pour la négative, l'autre de celle d'Angers, du 9 décembre de la même année, qui a jugé l'affirmative. (Voy. *Ju-*

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° La femme qui a échoué sur une demande en séparation de biens, n'est pas, par cela seul, non-recevable à demander ensuite la séparation de corps, quoique celle-ci entraîne la séparation de biens. Cass., 23 août 1809 (*J. Av.*, t. 21, p. 148; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.1.99).

2° Les tribunaux peuvent apprécier les faits et indices qui doivent produire la séparation de corps ; ils ont à cet égard un pouvoir discrétionnaire à l'abri de la cassation. Rouen, 18 nov. 1825 ; Cass., 2 mars 1808 (*J. Av.*, t. 21, p. 141 ; DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.1.494), et 23 août 1830.

3° Un fils peut être admis à soutenir pour sa mère le pourvoi dirigé par elle contre un arrêt qui a prononcé la séparation de corps entre elle et son mari. Cass., 9 nov. 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 81; DEVILL., 1831.1.155).

V. t. 1er, p. 517, notre *Quest.* 420.

4° On peut, sans contravention aux lois sur le timbre, mettre sur l'expédition d'un jugement prononçant une séparation de corps et de biens, les certificats délivrés par les greffiers, constatant que lecture du jugement a été faite audience tenante (article 867). Ces certificats sont passibles du droit d'enregistrement et du droit de greffe et de rédaction. Décision de l'administration, 8 fév. 1831 (*J. Av.*, t. 40, p. 335).]

risp. sur la procéd., t. 2, p. 382, et t. 3, p. 291.) M. COFFINIÈRES, en rapportant le premier arrêt, t. 5, p. 415, remarque que, dans l'espèce d'un autre arrêt qu'il rapporte, p. 419, la Cour de Paris jugea en audience solennelle.

Quoi qu'il en soit, nous croyons que l'on doit préférer la décision de la Cour de Rouen.

En effet, celle d'Angers est motivée sur ce que la demande en séparation présente une question d'Etat, en ce qu'elle tend directement à dissoudre le lien civil. (*Voy.* Cod. civ., art. 310.)

Nous répondions, sur la *Quest.* 2717 de notre *Analyse*, alors que le divorce était autorisé, que la séparation de corps n'était qu'une mesure de bon ordre, pour empêcher, sans recourir au divorce, que l'un des époux ne restât exposé aux emportements et aux effets de l'inconduite de l'autre; que cette mesure ne rompait point le lien conjugal; que même, dans l'avenir, la dissolution du mariage n'en devait point résulter nécessairement; qu'elle ne portait aucune atteinte à la qualité d'époux, et que, conséquemment, le point qu'elle offrait à juger n'était pas du nombre des contestations sur l'état civil auxquelles s'applique l'art. 22 du décret du 30 mars 1808.

Aujourd'hui que le divorce est aboli, le motif de la Cour d'Angers n'est d'aucune considération, et, par conséquent, on ne peut élever le moindre doute sur la négative de la question ci-dessus posée.

[[*Voy.* aussi les arrêts de Riom, 9 mars 1808 (*J. Av.*, t. 4, p. 673); Cassat., 26 mars, 21 et 28 mai 1828; Poitiers, 3 déc. 1833, et 16 janv. 1834; Rennes, 15 mars 1834; Cassat., 27 déc. 1831, et 15 janv. 1834 (*J. Av.*, t. 46, p. 245; t. 47, p. 455, 457 et 625; DEVILL., 1832.1.106; 1834.1.9; 2.84; 663).

La difficulté a été levée par une ordonnance royale du 16 mai 1835, rapportée au *Journal des Avoués*, t. 48, p. 316, d'après laquelle les demandes en séparation de corps doivent être plaidées et jugées en audience ordinaire.

M. BILLEQUIN, *loc. cit.*, a contesté la légalité de cette ordonnance, qui modifie par voie d'interprétation l'art. 22 du décret du 30 mars 1808, lequel a force de loi, et l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810.

L'argumentation de notre honorable ami nous paraît concluante.

Mais nous ne partageons pas son opinion sur la convenance de la décision émanant du pouvoir exécutif.

Si la séparation de corps ne dissout pas le mariage, elle en paralyse du moins les effets, en autorisant la cohabitation séparée; elle touche en cela par les points les plus essentiels à l'état des époux.]]

[[**2979** bis. *Les plaidoiries, en matière de séparation de corps, peuvent-elles avoir lieu à huis clos?*

L'affirmative a été adoptée par la Cour de cassation, le 13 décembre 1808 (*J. Av.*, t. 4, p. 674; DEVILL., 2.1.613), en matière de divorce, et nous ne voyons pas pourquoi sa décision ne s'appliquerait pas à la séparation de corps, toutes les fois que l'intérêt des bonnes mœurs et les scandales, si abondants quelquefois, dans les causes de cette nature, en feraient impérieusement sentir la nécessité. Toute latitude à cet égard est laissée aux juges. Les termes mêmes de l'art. 879 tranchent toute espèce de difficulté.]]

[[**2979** ter. *L'art.* 134, *qui enjoint aux juges, lorsqu'une demande provisoire est formée, et que la cause est en état de prononcer sur le tout par un seul jugement, est-il applicable dans les causes de séparation de corps?*

La Cour de Besançon, le 20 déc. 1816 (*J. Av.*, t. 21, p. 165), a jugé que si, dans les affaires ordinaires, les juges sont tenus de statuer à la fois sur le

provisoire et sur le fond, lorsque tous deux sont en état, il n'en est pas de même dans les procès de séparation, et elle s'est fondée sur l'art. 268, Cod. civ., au titre du Divorce, qui veut que le tribunal fixe une provision à la femme, sur sa première demande.

Cette manière de raisonner nous paraît fautive de tout point : d'abord il n'est pas vrai de dire que la manière de procéder est la même pour la séparation de corps que pour le divorce. C'est là une erreur matérielle, dont la preuve résulte des art. 879, Cod. proc. civ., et 307, Cod. civ., qui veulent que les causes de séparation de corps soient instruites et jugées dans les formes établies pour les autres demandes, et comme celles-ci sont évidemment soumises à la règle générale posée par l'art. 134, Cod. proc. civ., il faut, sous peine de violer un texte précis, reconnaître que cette règle s'applique également aux instances en séparation de corps. Mais fût-il vrai, ainsi que le prétend la Cour de Besançon, que la procédure du divorce doit être commune à la séparation de corps, la solution qu'elle donne à la question n'en serait pas moins erronée. En effet, l'art. 268, Cod. civ., qu'elle suppose trancher la difficulté, n'y a aucun trait. Cet article prévoit bien le cas où la femme demandera une provision, et il dispose que le tribunal la lui accordera, *s'il y a lieu.* Mais il ne dit pas, il ne laisse pas même entendre qu'à l'époque où la provision sera demandée, *le fond sera en état;* car il parle d'une provision réclamée pendant l'instance. Ainsi donc la condition qui seule aurait donné quelque force à l'argument tiré de cet article ne se rencontrant pas, cela suffirait pour le rendre inapplicable à l'espèce, alors même qu'en principe, il eût pu être étendu du cas de divorce à celui de séparation.

Du reste, si le mari a succombé sur une demande incidente en provision, le tribunal n'est pas obligé, pour statuer sur les dépens, d'attendre le jugement définitif, et cette décision, qui repose sur d'autres principes, ne fait pas obstacle à celle que nous venons d'émettre : *Voy.* nos observations sur la *Quest.* 554, t. 1er, p. 656.]]

2980. *Les dispositions de l'art.* 871 *sont-elles applicables à la séparation de corps?*

Oui, dit M. PIGEAU, t. 2, p. 533; car la séparation de corps entraînant toujours celle de biens, on doit appliquer à l'instruction de la première toutes les dispositions de la loi qui ont pour but de garantir les intérêts des tiers dans l'instruction de la séparation de biens.

Ainsi, cet auteur admet et la demande en communication, et l'intervention de la part des créanciers, toutes les fois que les époux ne sont pas déjà séparés de biens.

M. Demiau-Crouzilhac maintient au contraire que la négative de la question que nous venons de poser n'est pas douteuse. « Le législateur, dit-il, a accordé le droit dont il s'agit pour la séparation de biens (*voy.* art. 871, Cod. proc. civ., et art. 1447, Cod. civ.); mais il n'en dit rien pour la séparation de corps. Or, ce silence est une dénégation tacite, parce qu'il serait messéant et dangereux que des tiers vinssent s'immiscer dans des contestations domestiques du genre de celles qui font ordinairement l'objet d'une instruction en séparation de corps. »

Telle est aussi notre opinion, fondée sur ce que le législateur a pourvu aux intérêts des créanciers, en ordonnant par l'art. 880, que le jugement de séparation de corps serait publié, ainsi qu'il est dit art. 872, pour le jugement de séparation de biens. Or, il n'aurait pas manqué d'ordonner de même l'application de l'art. 871, s'il avait entendu qu'elle dût être faite en matière de séparation de corps.

Mais on demandera quelle sera la ressource des créanciers contre un juge-

ment de séparation de corps, rendu à leur préjudice par suite de quelque manœuvre frauduleuse de la part des époux. M. Demiau-Crouzilhac répond qu'ils auront la voie de tierce opposition à ce jugement, non pas à la vérité, en ce qui peut concerner la séparation de corps, mais, quant à ses effets, relativement à la séparation de biens, comme on en a vu des exemples à l'égard des divorces poursuivis sous l'empire de la loi du 20 sept. 1792, dans la vue de dépouiller des tiers acquéreurs de bonne foi. Il fut décidé alors que le divorce n'aurait aucun effet relativement à eux.

Nous croyons que cette opinion est une conséquence nécessaire et de la disposition de l'art. 880, qui ordonne la publicité du jugement, et de l'art. 307, qui ne permet pas que la séparation de corps ait lieu par le consentement mutuel des époux. (*Voy.* BERRIAT SAINT-PRIX, p. 677, not. 9.)

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 580, persiste dans son opinion. Nous croyons néanmoins que celle de M. Carré concilie tous les intérêts et tous les droits. C'est aussi dans ce dernier sens que se sont prononcés MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 114; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 493, et MASSOL, p. 135. Nous ne croyons pas, au surplus, que les créanciers aient le droit de se pourvoir par la tierce opposition contre un jugement qui leur est absolument étranger, et dont ils ne peuvent provoquer l'annulation.]]

2981. *De ce que la séparation de corps ne peut avoir lieu par consentement mutuel, s'ensuit-il que l'aveu du défendeur ne puisse faire foi des faits allégués par l'autre?*

Oui, sans doute, et cette conséquence se trouve en harmonie avec la disposition de l'art. 870 : on doit donc recourir nécessairement aux différentes voies indiquées par la loi pour prouver les faits, et ce n'est qu'autant que la preuve est acquise par ces moyens que la séparation peut être prononcée. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 531.)

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 491, reproduit dans des termes presque identiques la décision de M. Carré. Son exactitude, en thèse générale, n'est pas douteuse. Mais peut-être est-elle exprimée en termes trop absolus. C'est donc plus justement, à notre avis, que M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 580, enseigne que cet aveu ne doit pas être absolument rejeté, et que, s'il n'est pas concerté, les juges doivent y avoir tel égard que de raison. M. DALLOZ, t. 11, p. 906, ajoute que c'est là une question d'appréciation, et tel paraît être aussi le sentiment de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 113. En définitive, la contradiction entre ces divers auteurs n'est qu'apparente : tout se réduit à dire que l'aveu d'un époux n'est, par lui-même, ni tout à fait suffisant, ni complétement nul. *Voy.* aussi par induction un arrêt d'Amiens, 6 mai 1826 (*Journ.* de cette Cour, t. 4, p. 206), rendu en matière de séparation de biens.]]

2982. *Si une enquête est ordonnée, peut-elle être faite sommairement à l'audience?*

Elle doit être faite dans la forme des enquêtes en matière ordinaire, c'est-à-dire devant un juge-commissaire (1) etc.; autrement elle est nulle. (*Voy.* arrêt de la Cour de Colmar du 22 avril 1807, S., 13.2. 356, et *J. Av.*, t. 21, p. 140.)

[[C'est une conséquence de la disposition de l'art. 879, approuvée par M. DAL-

---

(1) [Il en était autrement en matière de divorce. *V.* ce titre et arrêt de Cass., 22 nov. 1815 (*J. Av.*, t. 21, p. 162; DEVILL., *Collect. nouv.*, 5.1.115).]

LOZ, t. 11, p. 904. Il résulte encore, de ce que les règles et les formes d'une enquête ordinaire doivent être observées, en matière de séparation :

1° Que les témoins doivent, conformément à l'art. 262, déclarer leur âge et profession, à peine de nullité; Lyon, 18 déc. 1810 (*J. Av.*, t. 21, p. 152).

2° Que l'assignation donnée pour assister à l'enquête doit, sous la même peine, contenir l'indication des jours, mois et an de sa signification; Nancy, 27 mars 1827 (*J. Av.*, t. 40, p. 52).

3° Que le défendeur à la séparation ne peut faire déposer, dans la contre-enquête, sur des faits qui n'ont pas été articulés lors du jugement ordonnant l'enquête. Bruxelles, 27 flor. an XIII, 20 frim. an XIV; Poitiers, 21 janv. 1808; Paris, 18 mai 1810 (*J. Av.*, t. 21, p. 131; DEVILL., *Coll. nouv.*, 2.2.51, 98, 330; 3.2.271).

4° Que les nullités d'enquête doivent être proposées avant toutes défenses et exceptions, sans que des réserves puissent empêcher ces nullités d'être couvertes par la procédure subséquente; Paris, 29 fév. et 16 mars 1812 (*J. Av.*, t. 21, p. 159; DEVILL., *Collect. nouv.*, 4.2.48, 63).

5° Que les Cours d'appel saisies d'une demande en séparation peuvent faire procéder à de nouvelles enquêtes; Cass., 26 mai 1807 (*J. Av.*, t. 21, p. 125). *Voy.* nos précisions t. 3, p. 56, *Quest.* 1136.

D'un autre côté, la loi n'exigeant pas, au titre des enquêtes, que les prénoms des témoins soient énoncés dans les citations qui leur sont données, ce fait n'entraîne pas la nullité de leur déposition dans une instance en séparation de corps, ainsi que l'a jugé la Cour de Paris, le 11 avril 1812 (*J. Av.*, t. 21, p. 160) (1).

Comme on le voit, toutes ces décisions sont fondées sur le principe émis en tête de ce numéro, et doivent par conséquent être considérées comme exactes: cependant la Cour de Poitiers, 22 fév. 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 183), a semblé admettre une dérogation aux règles ordinaires en matière d'enquête, en jugeant que l'époux demandeur peut, après l'annulation d'une première instruction de ce genre, être admis à une seconde, en articulant de nouveaux faits. Telle paraît être aussi la manière de voir de MM. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 491, et MASSOL, p. 116, à la note, qui n'admettent pas même cette dernière précision, et autorisent dans tous les cas l'époux demandeur à recommencer l'enquête, en se fondant sur ce que l'art. 293, qui établit le contraire dans les cas ordinaires, suppose un dommage appréciable en argent et à raison duquel une action en répétition appartient à la partie contre son avoué ou son huissier; mais lorsqu'il s'agit de séparation de corps, c'est-à-dire de la sûreté, de l'honneur, de la vie peut-être d'un époux, l'impossibilité d'obtenir une semblable sanction démontre assez celle d'appliquer la disposition à laquelle elle se rapporte. Cette remarque nous paraît aussi concluante que judicieuse, et nous ne doutons nullement que les magistrats, si une enquête est annulée par le fait d'un officier ministériel, et qu'ils tiennent néanmoins à constater des faits graves qu'elle a fait connaître, ne soient en droit d'en autoriser une seconde, sans distinguer s'il s'agit de faits nouveaux ou précédemment articulés.

Une autre dérogation aux principes ordinaires en matière d'enquête se trouve expliquée à la question suivante.]]

2983. *Les père et mère des époux peuvent-ils être entendus comme témoins?*

Nous avons dit, sur la *Quest.* 1057, t. 2, p. 609, qu'en matière de divorce et

---

(1) [Conf. aussi, Dijon, 11 fév. 1809 (*J. Av.*, t. 21, p. 135), Cass., 26 mai 1807 (*Ibid.*, t. 21, p. 125), et Rennes, 24 nov. 1820 (*Ibid.*, p. 169).]

de séparation on pouvait entendre les mêmes parents ou alliés en ligne directe des époux, malgré la prohibition portée dans l'art. 268. (*Voy.* aussi PIGEAU, t. 2, p. 530, et 531.)

Ici, nous demandons si cette faculté s'étendrait jusqu'aux père et mère des époux. Cette question a été jugée affirmativement par arrêt de la Cour de Paris, *Chambres réunies*, le 12 déc. 1809 (S., 15.1.202, et *J. Av.*, t. 21, p. 148), attendu que l'art. 251, Cod. civ., est applicable à la séparation de corps.

[[La doctrine et la jurisprudence sont unanimement fixées dans ce sens que les principes généraux sur les reproches des témoins ne sont pas applicables aux demandes en séparation de corps, dont, sans cela, l'instruction serait le plus souvent impossible, ou du moins ne produirait pas des éclaircissements assez nonbreux; *Voy.* MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 677, not. 7; PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 580; FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 113; DALLOZ, t. 11, p. 906, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 491. C'est aussi ce qui a été jugé, à l'égard du donataire d'un époux (1), par la Cour de cass., le 8 juill. 1813 (*J. Av.*, t. 21, p. 161); à l'égard de ses parents et ascendants, par les Cours de cass., 8 mai 1810 (*J. Av.*, t. 21, p. 150); de Toulouse, le 25 janv. 1821; d'Amiens, le 5 juill. 1821, et de Nancy, le 7 juill. 1827 (*J. Av.*, t. 21, p. 20, et t. 33, p. 229; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.1.180; 4.1.389; 5.2.414); d'où la Cour de cassation le 3 mai 1809 (*J. Av.*, t. 21, p. 146), a conclu qu'en cette matière le juge n'a pas besoin d'interpeller les témoins sur leur parenté, alliance ou état de domesticité par rapport aux parties.

Cette décision rendue, il est vrai, dans une demande en divorce, mais qui s'applique par analogie au cas de séparation, ne nous paraît pas bien fondée; si les raisons qui font suspecter l'impartialité d'un témoin ne sont pas contre lui une cause absolue de reproche, tout au moins faut-il qu'elles soient connues du juge qui doit apprécier la déposition. Aussi la loi ne dispense-t-elle nulle part les témoins de l'observation des formes prescrites par l'art. 262. *Voy.* en ce sens, Bordeaux, 7 mai 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 615), ainsi que l'arrêt de Lyon, 18 déc. 1810, cité sur la question précédente.]]

2984. *Les demandes provisoires que la femme aurait omis de former dans sa requête peuvent-elles être formées en tout état de cause?*

Oui; mais la femme doit les former ainsi qu'il est prescrit pour les demandes incidentes. (*Voy.* PIGEAU, p. 529, et nos questions, sur les art. 337 et 338.)

[[C'est également notre avis.]]

2985. *Le tribunal peut-il surseoir au jugement de séparation?*

Il le peut, dans les cas prévus par l'art. 259, Cod. civ., et sauf l'application de l'art. 260 du même Code. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 537.)

[[L'art. 259 statue que, lorsqu'une demande en divorce a été formée pour cause d'excès, sévices ou injures graves, les magistrats, au lieu de l'admettre immédiatement, lors même qu'elle est bien établie, peuvent ordonner une sépa-

---

(1) [Est-ce à dire que nulle cause de reproche, dans les cas de l'art. 283, ne sera admise en matière de séparation? M. MASSOL p. 118 et suiv., combat avec raison cette conséquence; mais il nous paraît aller trop loin en restreignant aux ascendants la dérogation introduite à cet article, en matière de divorce et de séparation. Si les ascendants sont admis, à plus forte raison les collatéraux, alliés, donataires, serviteurs, etc., doivent-ils l'être; il en serait autrement à l'égard des témoins condamnés à une peine infamante, de ceux qui ont donné des certificats dans la cause, etc. La raison de cette distinction est facile à saisir.]

ration provisoire qui produit des effets à peu près semblables à ceux de la séparation de corps, et qui dure une année, à la suite de laquelle, si les époux ne se réunissent pas, le divorce doit être prononcé. On conçoit parfaitement le but de cette disposition; utile et importante lorsqu'il s'agissait de prévenir une rupture définitive, elle devient sans objet quand les juges ont à statuer sur une demande en séparation, qui ne détruit pas le lien du mariage et dont les effets cessent à la volonté des époux. Il n'y a donc point, dans ce cas, d'induction à tirer de l'art. 259, et l'opinion de M. Carré, bien que reproduite par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 113, et MASSOL, p. 132, nous paraît inadmissible. C'est d'ailleurs ce qu'ont jugé les Cours de Montpellier, 1er prair. an XIII, et de Rennes, 21 fév. 1826 (*J. Av.*, t. 21, p. 134; DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.2. 52), et M. Pigeau, que M. Carré semble considérer, comme professant son opinion, est également de notre avis.

Au surplus, le jugement d'une contestation si irritante et si fâcheuse ne peut être retardé pour des motifs frivoles. Il faut que les époux sachent le plus tôt possible s'ils doivent vivre réunis ou séparés. La poursuite en faux témoignage de l'un des témoins produits dans l'instance, d'après la Cour de cass., 22 nov. 1815 (*J. Av.*, t. 21, p. 162); l'introduction d'une instance en nullité du mariage, suivant la Cour de Paris, 21 janv. 1811 (*J. Av.*, t. 21, p. 153), ne sont pas des raisons suffisantes pour surseoir à l'instruction et au jugement de la demande en séparation. Nous partageons cette opinion, au moins en thèse générale, car il peut arriver que la déposition du témoin renvoyé devant les tribunaux criminels ait une influence décisive dans la cause, que l'action en nullité du mariage ne présente pas de difficultés sérieuses, susceptibles d'entraîner un long retard, et il faut, sur ce point, laisser la plus grande latitude à l'appréciation des magistrats.

Lorsqu'une action en séparation de corps est fondée sur des faits qualifiés crimes ou délits par la loi pénale, il est certain qu'elle ne peut être jugée conjointement avec l'action publique, puisque les tribunaux criminels sont incompétents pour prononcer sur les questions d'Etat (*Voy.* M. MASSOL, p. 94 et 96). M. CARRÉ, *Compétence*, t. 1, p. 591, nos 204 et 205, enseigne que, dans ce cas, les tribunaux civils doivent surseoir, et c'est en effet la marche la plus prudente qu'ils aient généralement à suivre; cependant, et par les raisons susénoncées, nous ne croyons pas qu'ils y soient astreints et qu'ils ne puissent, s'ils se jugent suffisamment éclairés, prononcer la séparation. Encore une fois tout dépend, dans les questions de sursis, d'une appréciation qui concilie à la fois les intérêts des époux, les convenances des familles et les principes d'ordre public. C'est dire que le juge doit se montrer en général difficile pour accorder un sursis.

La Cour de Rennes, le 21 fév. 1826 (*J. P.*, 3e éd., t. 20, p. 200), a décidé qu'on peut renvoyer à statuer sur la quotité de la pension à allouer à l'épouse jusqu'à l'événement d'un procès d'où dépend la fortune de son mari. Cette précision, qui d'ailleurs n'implique aucun retard dans l'instruction de l'affaire, est conforme aux règles d'équité qui veulent qu'une telle pension soit proportionnée aux ressources des conjoints, et nous lui donnons notre assentiment.]]

[[**2985** bis. *Quel est l'effet de la mort de l'un des deux époux dans le cours de l'instance en séparation?*

Cet incident, dit avec raison M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 568, éteint nécessairement l'action quant à son objet principal, mais il n'en est pas de même quant aux accessoires.

Les accessoires, en matière de séparation de corps, peuvent être, outre les frais du procès, la perte des avantages faits par l'époux demandeur à l'époux dé-

fendeur, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté, si on applique l'art. 299 au cas de séparation de corps, question qui divise les auteurs et les Cours.

Il y a donc lieu, continue cet auteur, pour ces accessoires, à la reprise d'instance, et lorsque la demande en séparation intentée du vivant du défunt paraît fondée, le tribunal, sans prononcer sur le principal, doit prononcer sur les accessoires.]]

2986. *La séparation de biens, qu'entraîne de plein droit la séparation de corps, est-elle nulle, si les poursuites n'ont pas été commencées dans la quinzaine, ou si elles ont été interrompues depuis?*

Oui, dit M. PIGEAU, t. 2, p. 512, puisque la séparation de corps entraîne celle de biens; d'où il suit que toutes les dispositions concernant l'exécution de la première doivent s'appliquer à l'exécution de la seconde.

Cependant la question que nous venons de poser n'en a pas moins été jugée négativement par arrêt de la Cour de Bordeaux du 4 fév. 1811 (*Voy.* DENEVERS, 1811, *Supplément*, p. 224, et *J. Av.*, t. 4, p. 162), attendu que l'art. 1444, Cod. civ., relatif à la séparation de biens en faveur de la femme dont la dot est mise en péril, n'est point applicable à la séparation de biens par suite de séparation de corps.

Telle est aussi notre opinion, fondée sur cette considération, que nous avons déjà fait valoir, *Quest.* 2975, que les nullités, les fins de non-recevoir, les dispositions rigoureuses ne peuvent être suppléées ni étendues d'un cas à un autre.

Or, telle est la disposition de l'art. 1444, Cod. civ., puisqu'elle prononce une déchéance contre la femme qui a obtenu la séparation de biens, tandis que nulle autre disposition semblable ne se trouve dans ce Code, pour le cas où cette séparation n'est que l'effet d'une séparation de corps.

[[Notre opinion est conforme à celle de M. Carré.]]

2987. *L'appel du jugement de séparation de corps et le pourvoi en cassation sont-ils suspensifs?*

L'appel est *suspensif*, parce que l'art. 307, Cod. civ., veut que la demande en séparation de corps soit instruite et jugée comme toute autre action civile, et qu'on ne trouve, d'ailleurs, aucune exception faite à son sujet à la disposition générale de l'art. 457, Cod. proc. civ. (*Voy.* arrêt de la Cour d'Angers du 18 juill. 1808; S. 9.2.119, *J. Av.*, t. 21, p. 143.)

Mais nous pensons que le pourvoi en cassation ne serait pas suspensif, par la même raison qu'il est de règle générale qu'il ne l'est pas en matière civile.

A la vérité, l'art. 263 faisait une exception à l'égard du divorce; mais il y en avait une raison particulière qui ne se trouve pas dans le cas de la séparation : c'est, comme le remarque M. PIGEAU, t. 2, p. 510, que l'exécution du jugement de divorce serait irréparable, si l'un des conjoints s'était remarié, tandis que celle du jugement de séparation est toujours réparable, puisqu'il ne dissout pas le mariage.

[[Cette dernière décision a été consacrée par un arrêt de cassation du 17 mess. an XIII (*J. Av.*, t. 6, p. 459), et nous pensons qu'elle est incontestable, aussi bien que la première.]]

[[**2987** bis. *La femme, dont la demande en séparation de corps a été rejetée, doit-elle nécessairement obtenir gain de cause en appel si son mari ne comparaît pas?*

La Cour de Bruxelles, 1er mai 1811 (*J. Av.*, t. 21, p. 158), a jugé la négative

sur cette question; sa décision est fondée sur le principe que le défendeur ne peut point acquiescer à la demande. Quoiqu'il fasse défaut, dit M. DELAPORTE, t. 2, p. 413, il n'en faut pas moins ordonner la preuve des faits, si elle n'est articulée par écrit, et il n'est pas rare de voir de semblables demandes rejetées, quoique le défendeur ne se présente pas. Il y en a un très grand nombre d'exemples. Le ministère public est, dans ce cas, le contradicteur naturel du demandeur, parce que cette action intéresse toujours l'ordre public.

C'est par suite de ce principe qu'un arrêt de la Cour d'Agen, du 15 déc. 1826 (*J. Av.*, t. 33, p. 81), a décidé que le désistement de l'appel d'un jugement prononçant la séparation de corps équivalait à un acquiescement et n'était pas valable. *Voy.* aussi Colmar, 8 août 1833 (DEVILL., 1834.2.229).

Il est d'ailleurs certain que, lorsqu'une partie qui a obtenu gain de cause en première instance ne se présente pas en appel, la présomption est, non qu'elle passe condamnation, mais au contraire, qu'elle croit inutile de soutenir des prétentions déjà admises par la justice : aussi est-il généralement reconnu que la règle de l'art. 150, et l'interprétation que la jurisprudence donne aux termes de cette disposition ne s'appliquent pas en appel, où l'autorité d'un jugement rendu exige, même en cas de défaut de l'intimé, l'examen le plus sérieux de la cause. A plus forte raison doit-il en être ainsi en matière de séparation de corps.]]

ART. 880. Extrait du jugement qui prononcera la séparation sera inséré aux tableaux exposés tant dans l'auditoire des tribunaux que dans les chambres d'avoués et notaires, ainsi qu'il est dit article 872 (1).

Tarif, 92. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 367, n°s 26 à 28. — Notre Dict. gén. de proc., v° *Séparation de corps*, n° 89.

QUESTION TRAITÉE : Que résulte-t-il de l'inaccomplissement des formes prescrites par l'art. 880? *Q.* 2987 *ter.*]

DL. La raison de cette disposition est facile à saisir : *la séparation de corps, dit l'art.* 311, *Cod. civ., emportera toujours séparation de biens.* Il était donc nécessaire qu'elle reçût la même publicité que la seconde, publicité commandée tant à l'égard des tiers qui auraient des droits à exercer pour le passé qu'à l'égard de ceux qui pourraient contracter à l'avenir avec des époux dont l'état a changé.

[[**2987** ter. *Que résulte-t-il de l'inaccomplissement des formes prescrites par l'art.* 880?

C'est que le jugement, dénué de publicité, ne peut être opposé par la femme aux tiers qui ont contracté avec le mari depuis la séparation, comme l'enseigne M. MASSOL, p. 137, et comme l'a jugé la Cour de cassation, le 14 mars 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 479; DEVILL., 1837.1.318). On ne peut douter que telle ne soit effectivement l'intention de la loi.]]

ART. 881. A l'égard du divorce, il sera procédé comme il est prescrit au Code civil.

Cod. civ., art. 229, 234 et suiv.

---

(1) [Il doit être également inséré dans un journal. *V.* notre *Comm. du Tarif*, t. 2, p. 367, n° 27.]

DLI. La loi du 8 mai 1816 a prononcé l'abolition du divorce, et disposé, 1° que toutes demandes et instances en divorce, pour causes déterminées, sont converties en demandes et instances en séparation de corps, et que les jugements et arrêts restés sans exécution, par le défaut de prononciation du divorce par l'officier civil, conformément aux art. 227, 264, 265 et 266, Cod. civ., sont restreints aux effets de la séparation;

2° Que tous actes faits pour parvenir au divorce par consentement mutuel sont annulés, et que les jugements et arrêts rendus en ce cas, mais non suivis de la prononciation du divorce, sont considérés comme non avenus, conformément à l'art. 294.

TITRE X.

Des Avis de Parents (1).

On entend par *avis de parents* la délibération prise, sous la présidence du juge de paix, par un conseil de famille, relativement à l'intérêt d'un parent, qui, à raison de sa faiblesse ou de son âge, ou du dérangement de ses facultés, se trouve dans l'impuissance de gérer ou d'administrer sa personne ou ses biens.

Le Code civil indique de quelle manière et de quels parents le conseil de famille est formé, quand il procède à la nomination des tuteurs ou subrogés tuteurs, ou à leur destitution; sur quels objets il doit délibérer, et les cas où les délibérations doivent être *homologuées* (2). Le Code de procédure complète la législation en cette matière par quelques dispositions dont l'objet est, en général, de régulariser les poursuites relatives à ces homologations, et aux contestations qui peuvent s'élever tant à leur égard que par rapport à la réformation des délibérations.

2988. *Quand on a procédé à la nomination d'un tuteur, devant deux juges de paix d'arrondissements différents, en sorte que le mineur se trouve avoir deux tuteurs, doit-on se pourvoir en réglement de juges, pour faire déclarer par la Cour quel sera le tuteur compétemment nommé, ou du moins devant quel tribunal cette question de compétence sera portée?*

La voie du réglement de juges ne peut être prise en cette circonstance, puisque l'art. 363 ne l'admet que pour le cas de jugement à rendre; or, une délibération du conseil de famille n'est point un jugement, lors même que, sur une opposition, chacun des deux juges de paix se fût déclaré compétent pour convoquer et tenir ce conseil.

[[C'est aussi ce qu'a jugé un arrêt de cassation du 18 juill. 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 121). Voy. *Quest.* 2990.]]

---

(1) *V.* Cod. civ., art. 405 à 417.

(2) *Homologation*, du grec ομολογειν, consentir, formé de ομου, ensemble, et de λεγω, dire: dire ensemble, l'action de dire de même, d'approuver, de consentir. Ce mot se dit, en droit, de tout jugement qui approuve ou confirme le contenu d'un acte et en ordonne l'exécution. Le juge qui *homologue* l'acte dit, en effet, la même chose que cet acte.

2989. ***Mais ne pourrait-on pas, du moins, interjeter appel des déclarations que chacun des deux juges de paix aurait données sur sa compétence, d'après opposition faite à ce qu'il convoquât et tînt le conseil de famille?***

Non, car un acte quelconque du juge de paix, en matière de juridiction non contentieuse, ne peut être considéré, *même en apparence*, comme un jugement, puisque, s'il survient quelques contestations dans le cours d'un acte de juridiction volontaire, ce juge doit, aux termes de la loi du 24 août 1790, tit. 3, art. 11, renvoyer devant le tribunal civil, qui prononce en premier degré de juridiction, ainsi que l'a décidé un arrêt de la Cour de cassation du 15 vent. an XIII, cité au *Nouv. Répert.*, v° *Conseil de famille*, mais dont il est essentiel de lire le texte au *Bulletin officiel des arrêts de la Cour de cassation*, an XIII, p. 231, n° 78, et au *Journal des Avoués*, t. 8, p. 337 (1).

[[*Voy.* la question suivante.]]

2990. ***Quelle serait donc, dans la même espèce, la voie à prendre pour faire décider quel sera celui des deux tuteurs qui devra gérer en définitive?***

La marche naturelle est que le tuteur qui entend conserver la tutelle assigne l'autre tuteur devant le tribunal de son domicile, pour lui être fait défense de prendre cette qualité et de s'immiscer dans l'administration. Celui-ci opposera la délibération qui le nomme; et alors s'engagera la question de validité des titres respectifs, sur laquelle le tribunal sera compétent pour prononcer, puisqu'il est de principe que le juge de l'action est en même temps le juge de l'exception (2).

[[Cette marche nous paraît conforme, à la fois, aux principes de compétence et aux règles exposées dans les questions suivantes, sur la nature des délibérations de conseils de famille.]]

ART. 882. Lorsque la nomination d'un tuteur n'aura pas été faite en sa présence, elle lui sera notifiée, à la diligence du membre de l'assemblée qui aura été désigné par elle : ladite notification sera faite dans les trois jours de la délibération, outre un jour par trois myriamètres de distance entre le lieu où s'est tenue l'assemblée et le domicile du tuteur (3).

---

(1) Cette proposition n'a rien de contraire à ce que nous avons établi *suprà* p. 3, à la note; car il s'agit ici d'un acte qui n'émane pas d'une autorité compétente pour rendre jugement, tandis que, dans cette note, nous supposons un acte qui a en apparence les caractères d'un jugement, attendu qu'il est l'ouvrage d'un magistrat exerçant juridiction contentieuse.

(2) Les décisions données sur les trois questions ci-dessus sont conformes à un arrêt de la Cour de Rennes du 31 août 1818 (*J. Av.*, t. 8. p. 399).

(3) Voir le texte des articles du Code civil:

405. Lorsqu'un enfant mineur et non émancipé restera sans père ni mère, ni tuteur élu par ses père et mère, ni ascendants mâles, comme aussi lorsque le tuteur de l'une des qualités ci-dessus exprimées se trouvera ou dans le cas des exclusions dont il sera parlé ci-après, ou valablement excusé, il sera pourvu, par un conseil de famille, à la nomination d'un tuteur.

406. Ce conseil sera convoqué soit sur la réquisition et à la diligence de parents du mineur, de ses créanciers ou d'autres parties intéressées, soit même d'office et à la poursuite du juge de paix du domicile du mineur. Toute personne pourra dénoncer à ce juge de paix le fait qui donnera lieu à la nomination d'un tuteur.

407. Le conseil de famille sera composé, non compris le juge de paix, de six parents ou alliés, pris tant dans la commune où la tu-

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 368, nos 1 à 12.]— Cod. civ., art. 406, 438 et suiv.— [Notre Dict. gén. de proc., vo *Conseil de famille*, nos 94 et 95. — Locré, t. 23, p. 134, no 32.

QUESTIONS TRAITÉES *avant l'article :* Quand on a procédé à la nomination d'un tuteur, devant deux juges de paix d'arrondissements différents, en sorte que le mineur se trouve avoir deux tuteurs, doit-on se pourvoir en règlement de juges, pour faire déclarer par la Cour quel sera le tuteur compétemment nommé, ou du moins devant quel tribunal cette question de compétence sera portée? *Q.* 2988. — Mais ne pourrait-on pas du moins interjeter appel des déclarations que chacun de ces deux juges de paix aurait données sur sa compétence, d'après opposition faite à ce qu'il convoquât et tînt le conseil de famille? *Q.* 2989. — Quelle serait donc, d'après la même espèce, la voie à prendre pour faire décider quel sera celui des deux tuteurs qui devra gérer en définitive? *Q.* 2990.

QUESTIONS TRAITÉES *après l'article :* Quelle peine encourt le membre du conseil de famille, s'il n'a pas fait, dans le délai fixé par l'art. 882, la notification prescrite par ce même article? *Q.* 2991. — En cas de négligence du membre indiqué par le conseil, toute autre personne intéressée pourrait-elle faire la notification? *Q.* 2992 — Y a-t-il lieu à faire la notification prescrite par l'art. 882, lorsque celui qui a été nommé tuteur a été appelé à faire partie du conseil de famille, et s'y est fait représenter par un mandataire? *Q.* 2993.]

DLII. Cette notification à faire dans un bref délai, de la nomination du tu-

---

telle sera ouverte que dans la distance de deux myriamètres, moitié du côté paternel, moitié du côté maternel, et en suivant l'ordre de proximité dans chaque ligne.

Le parent sera préféré à l'allié du même degré, et parmi les parents du même degré, le plus âgé à celui qui le sera le moins.

408. Les frères germains du mineur et les maris des sœurs germaines sont seuls exceptés de la limitation de nombre posée en l'article précédent.

S'ils sont six ou au delà, ils seront tous membres du conseil de famille, qu'ils composeront seuls, avec les veuves d'ascendants et les ascendants valablement excusés, s'il y en a.

S'ils sont en nombre inférieur, les autres parents ne seront appelés que pour compléter le conseil.

409. Lorsque les parents ou alliés de l'une ou de l'autre ligne se trouveront en nombre insuffisant sur les lieux, ou dans la distance désignée par l'art. 407, le juge de paix appellera, soit des parents ou alliés domiciliés à de plus grandes distances, soit dans la commune même, des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur.

410. Le juge de paix pourra, lors même qu'il y aurait sur les lieux un nombre suffisant de parents ou alliés, permettre de citer, à quelque distance qu'ils soient domiciliés, des parents ou alliés plus proches en degrés ou de mêmes degrés que les parents ou alliés présents; de manière toutefois que cela s'opère en retranchant quelques-uns de ces derniers, et sans excéder le nombre réglé par les précédents articles.

411. Le délai pour comparaître sera réglé par le juge de paix à jour fixe, mais de manière qu'il y ait toujours, entre la citation notifiée et le jour indiqué pour la réunion du conseil, un intervalle de trois jours au moins, quand toutes les parties citées résideront dans la commune, ou dans la distance de deux myriamètres.

Toutes les fois que, parmi les parties citées, il s'en trouvera de domiciliées au delà de cette distance, le délai sera augmenté d'un jour par trois myriamètres.

412. Les parents, alliés ou amis, ainsi convoqués, seront tenus de se rendre en personne, ou de se faire représenter par un mandataire spécial.

Le fondé de pouvoir ne peut représenter plus d'une personne.

413. Tout parent, allié ou ami, convoqué, et qui, sans excuse légitime, ne comparaîtra point, encourra une amende qui ne pourra excéder cinquante francs, et sera prononcée sans appel par le juge de paix.

414. S'il y a excuse suffisante, et qu'il convienne, soit d'attendre le membre absent, soit de le remplacer, en ce cas comme en tout autre où l'intérêt du mineur semblera l'exiger, le juge de paix pourra ajourner l'assemblée ou la proroger.

415 Cette assemblée se tiendra de plein droit chez le juge de paix, à moins qu'il ne désigne lui-même un autre local. La présence des trois quarts au moins de ses membres convoqués sera nécessaire pour qu'elle délibère.

416. Le conseil de famille sera présidé par le juge de paix, qui y aura voix délibérative, et prépondérante en cas de partage.

417. Quand le mineur, domicilié en France, possédera des biens dans les colonies, ou réciproquement, l'administration spéciale de ces biens sera donnée à un protuteur.

En ce cas, le tuteur et le protuteur seront indépendants, et non responsables l'un envers l'autre pour leur gestion respective.

teur, est prescrite afin qu'il puisse promptement entrer en fonctions, ou proposer ses excuses légitimes.

2991. *Quelle peine encourt le membre du conseil de famille, s'il n'a pas fait, dans le délai fixé par l'art.* 882, *la notification prescrite par ce même article?*

Nous pensons, comme M. LEPAGE, dans ses *Questions*, p. 580, et M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 586, que le membre de l'assemblée désigné par elle pour faire faire la notification devient sujet aux dommages-intérêts résultant du tort que sa négligence pourrait avoir occasionné au mineur. (Arg. des art. 1370, 1382, 1383 et 1991, Cod. civ.)

[[C'est également l'avis de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 279; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 495, et le nôtre. *Voy.* du reste la question suivante.]]

2992. *En cas de négligence du membre indiqué par le conseil, toute autre personne intéressée pourrait-elle faire faire la notification?*

L'affirmative nous paraît résulter de l'art. 406, Cod. civ., qui confie à tous les citoyens le soin de veiller à ce que les mineurs ne restent pas sans tuteur.

En cette circonstance, nous pensons encore, comme M. Lepage, *ubi suprà*, que les frais de la notification doivent être supportés par le membre du conseil qui est en retard. (Arg. de l'art. 887.)

[[Nous croyons cette décision incontestable; elle est admise par M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 495.]]

2993. *Y a-t-il lieu à faire la notification prescrite par l'art.* 882, *lorsque celui qui a été nommé tuteur a été appelé à faire partie du conseil de famille et s'y est fait représenter par un mandataire?*

M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 586, maintient la négative de cette question, parce qu'il considère que les personnes représentées par un fondé de pouvoir sont réputées présentes; mais nous ne saurions partager cette opinion rigoureuse.

En effet, comme le dit M. LOCRÉ, sur l'art. 439 du Code civil, t. 1, p. 200, on a retranché dans cet article la disposition d'après laquelle les personnes représentées, comme nous venons de le dire, étaient réputées présentes. Leur mandataire n'est chargé de les représenter que pour le vote au conseil de famille; dès que cette mission est remplie, le mandat expire, et le fondé de pouvoir demeure sans caractère : si donc on eût décidé indéfiniment qu'il proposerait les excuses, il eût fallu exiger aussi que toutes les procurations lui donnassent ce pouvoir.

Or, il vaut bien mieux laisser le tuteur nommé se consulter de nouveau; peut-être que les marques de confiance qu'il a obtenues le décideront à ne pas proposer ses excuses.

Ceci posé, il est évident que la notification prescrite par l'art. 882 est nécessaire, puisqu'elle a pour objet de faire courir le délai dans lequel, d'après l'article 439 du Code civil, le tuteur doit proposer ses excuses.

Mais on sent que si le mandat les contenait avec pouvoir au mandataire de les proposer, il n'y aurait pas lieu à la notification.

[[M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 279, se range à cet avis, qui nous paraît également bien fondé.]]

ART. 883. Toutes les fois que les délibérations du conseil de famille

ne seront pas unanimes, l'avis de chacun des membres qui le composent sera mentionné dans le procès-verbal.

Les tuteur, subrogé tuteur ou curateur, même les membres de l'assemblée, pourront se pourvoir contre la délibération ; ils formeront leur demande contre les membres qui auront été d'avis de la délibération, sans qu'il soit nécessaire d'appeler en conciliation.

Tarif, 29. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 371, nos 13 à 16.] — Cod. civ, art. 416. — Cod. proc. civ., art. 47, no 7, 888.— [Notre Dict. gén. de proc., vis *Conseil de famille*, nos 86 à 110, 113, 117, et *Exception*, n° 304. — Devilleneuve, v° *Conseil de famille*, nos 52 à 56.— Locré, t. 13, p. 157, no 19.

QUESTIONS TRAITÉES : Est-il nécessaire d'insérer dans le procès-verbal l'avis de chacun des membres du conseil ? *Q*. 2994. — Des personnes autres que celles désignées dans l'art. 883 peuvent-elles se pourvoir contre la délibération ? *Q*. 2995. — A qui, dans le cas de la question précédente, doit être donnée l'assignation ? *Q*. 2995 *bis*. — Résulte-t-il de la seconde disposition de l'art. 883, que la délibération ne peut être attaquée quand elle est unanime ? *Q*. 2996. — Y a-t-il exception à la disposition de l'art. 883, en ce qu'il veut que la demande soit dirigée contre ceux qui ont fait passer la délibération ? *Q*. 2997. — Peut-on comprendre le juge de paix parmi les membres du conseil de famille à intimer sur le pourvoi contre la délibération ? *Q*. 2998.— Quelle est la forme suivant laquelle est introduite la demande en opposition contre la délibération ? Devant quel tribunal cette demande doit-elle être portée ? *Q*. 2999. — Les frais faits par un membre du conseil de famille qui succombe sur la demande formée par lui contre la délibération du conseil de famille, en vertu de l'art. 883, sont-ils à sa charge, ou bien sont-ils, comme ceux de tenue de ce conseil, passés en dépense d'administration ? *Q*. 3000.— En est-il de même du subrogé tuteur qui, dans l'espèce de l'art. 448, Cod. civ., succombe sur la réclamation du tuteur exclu ou destitué ? *Q*. 3001. — En est-il de même, soit du membre du conseil de famille, dans l'espèce du no 3000 ci-dessus, soit du subrogé tuteur, dans celle du précédent, si l'un ou l'autre est condamné à des dommages-intérêts ? *Q*. 3002 (1).]

DLIII. Parmi les dispositions nouvelles que renferme ce titre, il en est plusieurs qui ont sensiblement amélioré cette partie de nos institutions, et l'on remarque surtout la mesure prescrite par l'article ci-dessus. Elle tend à rendre chacun plus attentif à ses devoirs. En effet, nul ne peut se disculper d'aucun mauvais résultat que par l'exhibition de son propre avis, et la faute des particuliers n'est point couverte par celle des masses.

L'intérêt du pupille est donc mieux protégé, et le vœu du législateur mieux rempli ; car il ne saurait y avoir rien de vain qui ne pût bientôt devenir funeste.

Il était bon aussi de donner à chaque membre du conseil de famille une espèce d'action contre le tuteur, pour l'obliger à remplir certaines formalités, et même pour l'y faire personnellement condamner.

Dans une matière où, loin d'être stimulé par le grand mobile de l'intérêt personnel, trop de gens n'aperçoivent que des charges, il convenait d'appeler le plus de garanties possible contre une inertie justement redoutable; et à ces garanties l'art. 884 ajoute un autre avantage, en disposant que la cause sera jugée sommairement.

2994. *Est-il nécessaire d'insérer dans le procès-verbal l'avis de chacun des membres du conseil ?*

Toutes les fois que les motifs de ceux qui ont été pour la délibération sont les

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

La disposition de l'art. 883 est applicable aux délibérations du conseil de famille, dans le cas prévu par l'art. 160, Cod. civ. ; ainsi les membres du conseil qui, dans ce cas, n'ont pas été de l'avis de la majorité, peuvent se pourvoir contre la délibération ou la résolution. Bruxelles, 3 fév. 1827, et Paris, 24 avril 1837 (*J. Av.*, t. 52, p. 350 ; DEVILL., 1837.2.225).]

mêmes, et que les motifs de ceux qui sont d'un avis contraire sont également les mêmes, on doit se borner à mentionner que chacun a été de l'un ou de l'autre avis, sans qu'il soit besoin d'insérer ces motifs, parce que ce seraient des répétitions inutiles. (*Voy.* arrêt de la Cour d'Orléans du 20 avril 1809, HAUTEFEUILLE, p. 521.)

Au reste, l'obligation de mentionner l'avis des membres du conseil de famille n'est applicable qu'aux délibérations qui doivent être soumises à l'homologation du tribunal. (Metz, 16 fév. 1812; S., 12.1.389, et *J. Av.*, t. 8, p. 381.)

[[*Motiver* et *mentionner* son avis sont deux choses bien différentes que M. Carré, dans les explications qui précèdent, ne distingue pas, ce nous semble, assez soigneusement.

En ce qui concerne l'obligation de motiver l'avis, remarquons d'abord qu'elle n'est imposée au conseil de famille que lorsqu'il s'agit de la destitution d'un tuteur (art. 447, Cod. civ.). Dans tous les autres cas, l'art. 883 n'exige que la *mention* de chaque opinion particulière. C'est ce qui a été jugé par la Cour de Bruxelles, le 26 juill. 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 174), en thèse générale; les Cours de cass., 17 nov. 1813, et d'Orléans, 9 août 1817 (*J. Av.*, t. 8, p. 389 et 396; DEVILL., *Collect. nouv.*, 4.1.468; 5.2.316), ont pu conclure de là que, lors même que le conseil de famille est convoqué pour décider s'il y a lieu de conserver la tutelle à la mère remariée, il n'est pas nécessaire d'insérer au procès-verbal les raisons de décider de chacun des membres qui le composent, la disposition de l'art. 447, Cod. civ., étant essentiellement restrictive.

Ce n'est pas d'ailleurs dans le but de mettre le tribunal à même de peser ces motifs que l'art. 883 exige la mention de chaque opinion particulière, s'il n'y a pas unanimité.

Le débat ramènera ces questions devant les juges civils et leur permettra mieux d'en apprécier la justesse que l'insertion au procès-verbal de quelques considérations nécessairement peu détaillées : c'est uniquement pour que celui qui voudra attaquer la délibération sache quels sont ceux dont l'avis a prévalu, afin de pouvoir les assigner conformément à la dernière disposition de l'art. 883. Tout cela ne nous paraît pas susceptible de difficulté et c'est aussi l'opinion de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 280, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 496.

Il importe donc peu que les motifs des divers membres aient été ou non conformes entre eux; l'insertion au procès-verbal n'en est en aucun cas exigée.

Ce qu'ajoute M. Carré, relativement à l'inutilité de la mention, lorsque les délibérations ne doivent pas être homologuées, ne nous paraît pas plus exact, bien qu'après l'arrêt de Metz qu'il cite à l'appui de son opinion on puisse en citer encore un de Paris, 6 oct. 1814 (*J. Av.*, t. 8, p. 391; DEVILL., *Coll. nouv.*, 4.2.411), qui, dans un cas où il s'agissait de la nomination d'un tuteur, a statué qu'il n'est pas besoin de consigner nominalement dans le procès-verbal l'avis de chaque membre de conseil. Il nous est impossible, quant à nous, de comprendre le fondement de cette exception à une règle posée dans les termes les plus généraux. L'art. 883 veut que, *toutes les fois* qu'il n'y a pas unanimité, l'opinion de chaque membre se trouve indiquée. Qu'importe donc l'objet de la délibération ? La Cour de Metz dit bien que cette formalité est restreinte au cas où il s'agit des *intérêts* du mineur : mais la nomination de son tuteur ne l'intéresse-t-elle donc pas, et s'il y a désaccord sur ce choix, n'est-il pas nécessaire ici, comme toujours, à celui qui veut attaquer la nomination, de savoir quels sont ses véritables adversaires?

La précision fondée sur ce que l'avis des parents n'est pas sujet à l'homologation nous semble tout aussi mal fondée, puisque cette circonstance n'empêche pas qu'il ne puisse être attaqué devant les tribunaux, *Voy.* Angers, 6 août 1819 (*J. Av.*, t. 8, p. 405; DEVILL., *Collect. nouv.*, 6.2.124).

Ainsi, inutilité de motiver son opinion, excepté dans le seul cas de l'art. 447, Cod. civ.; nécessité, dans tous, de la mentionner. Tels sont, en résumé, les principes par lesquels semble devoir se résoudre la question.]]

2995. *Des personnes autres que celles désignées dans l'art.* 883 *peuvent-elles se pourvoir contre la délibération?*

Oui. Tels sont ceux qui n'ont point été appelés, et qui devaient l'être, conformément aux art. 407, 408 et 409, Cod. civ.; le mineur, s'il était émancipé; tous ceux, en un mot, qui auraient un juste motif de s'intéresser au mineur, même un tiers auquel la délibération causerait préjudice. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 353.)

[[Tel serait, par exemple, le défendeur à l'action intentée par un tuteur dans l'intérêt de son pupille, sur une délibération du conseil de famille dénuée des éléments essentiels à sa validité; la Cour de Bruxelles a jugé avec raison, le 26 juill. 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 174), qu'il aurait le droit de demander la nullité de cette délibération, de la faire anéantir, pour n'être pas exposé à voir plus tard le mineur, maître de ses droits, revenir sur ce qui aurait été décidé par les tribunaux.]]

[[**2995** bis. *A qui, dans le cas de la question précédente, doit être donnée l'assignation?*

L'art. 883 ne prévoit, comme on peut le remarquer, que l'hypothèse où les membres du conseil de famille n'étant pas d'accord, les dissidents se pourvoiraient contre la délibération. Il semble que lorsqu'un tiers attaque un avis rendu d'un assentiment commun, il doive, par analogie de cette disposition, assigner tous les membres du conseil. Toutefois la marche la plus simple consiste à s'adresser directement au tuteur, sauf à celui-ci à mettre en cause les parents ou amis qui, d'ailleurs, ont le droit incontestable d'intervenir dans l'instance, lorsqu'ils n'y sont pas appelés.]]

2996. *Résulte-t-il de la seconde disposition de l'art.* 883 *que la délibération ne peut être attaquée quand elle est unanime?*

Il est clair, dit M. DELVINCOURT, t. 1, p. 481, n° 3, qu'il faut entendre cette disposition dans le sens que la délibération prise à l'unanimité ne peut être attaquée par ceux qui y ont pris part, comme cela est évident; mais dans tous les cas, elle peut être attaquée, comme nous venons de le dire sur la question précédente, par tous ceux qui ont intérêt et qui n'y ont pas assisté.

[[Ce dernier point est incontestable.

Mais de ce qu'une partie intéressée aurait assisté au conseil sans élever de réclamation, suit-il, comme paraît l'admettre M. Carré, qu'elle doive être déclarée non recevable à attaquer la délibération? La jurisprudence paraît fixée en ce sens que l'on ne peut opposer de fin de non-recevoir contre l'intérêt du mineur, et que le membre du conseil qui aurait gardé le silence, qui aurait même acquiescé à la délibération est en droit d'en demander la nullité. *Voy.* arrêts de Liége, 4 janv. 1811; Lyon, 15 fév. 1812; Colmar, 27 avril 1813 (*J. Av.*, t. 8, p. 435, 373 et 387; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.2.387; 4.2.37, 297). Il nous semble effectivement que ce n'est pas le lieu d'appliquer les principes en matière d'acquiescement et de renonciation, puisqu'il ne s'agit pas ici de droits propres au réclamant, mais bien d'une action ouverte en faveur du pupille, et que ce dernier serait toujours maître d'exercer plus tard.

Il n'est donc pas parfaitement exact de dire que la délibération prise à l'una-

nimité ne peut être attaquée par ceux qui y ont participé. Elle peut l'être par toute personne, quel qu'ait été son premier avis, et il vaut beaucoup mieux, dans le cas où l'un des membres reviendrait sur son opinion, soumettre le débat aux tribunaux, que d'attendre que le mineur vienne, longtemps après, attaquer la délibération du conseil de famille, lorsqu'on pourrait croire définitivement fixés les droits qu'elle aurait établis.]]

2997. *Y a-t-il exception à la disposition de l'art.* 883, *en ce qu'il veut que la demande soit dirigée contre ceux qui ont fait passer la délibération?*

Oui, suivant M. Pigeau, t. 2, p. 355; M. Berriat Saint-Prix, p. 679, not. 3; M. Demiau-Crouzilhac, p. 589 et 590, et M. Dufour, dans ses *Conférences*, t. 2, p. 154, lorsque la délibération prononce l'exclusion ou la destitution d'un tuteur; car celui-ci peut assigner le subrogé tuteur seulement, pour se faire déclarer maintenu dans la tutelle (*voy.* Cod. civ., art. 448), sauf à ceux qui ont requis la convocation du conseil à intervenir dans la cause. (*Voy.* même Code, art. 449.)

M. Toullier dit, au contraire, qu'il a été dérogé à l'art. 448, Cod. civ., par l'art. 883, Cod. proc. civ., en ce que le tuteur qui réclame devait diriger sa demande contre le subrogé tuteur, pour se faire déclarer maintenu dans la tutelle, art. 448; au lieu que, suivant l'art. 883, c'est contre les membres qui ont été d'avis de la délibération que le tuteur doit diriger son action.

Mais, d'après M. Proudhon, on pourrait appliquer, soit les dispositions du Code civil, soit celles du Code de procédure. Il s'exprime ainsi : « Le tuteur destitué ou exclu peut aussi se pourvoir contre la délibération, pour la « faire déclarer nulle, et assigner, *soit le subrogé tuteur* (*voy.* Cod. civ., « art. 448), soit les membres de l'assemblée qui auraient voté sa destitution « (*voy.* Cod. proc. civ., art. 883); et ceux qui auraient requis la convocation « peuvent intervenir dans le procès. (*Voy.* Cod. civ., art. 449.) »

Nous serions porté à croire que l'on ne doit admettre ni la dérogation maintenue par M. Toullier, ni l'alternative donnée par M. Proudhon, et qu'il faut suivre la doctrine de M. Pigeau et des autres commentateurs du Code de procédure.

C'est qu'il nous semble que l'art. 883 n'a trait qu'aux cas les plus ordinaires, qui sont ceux dans lesquels la loi n'a point désigné la personne à intimer sur une réclamation dirigée contre une délibération du conseil de famille.

Or, l'art. 448 a désigné le subrogé tuteur pour défendre à la réclamation du tuteur exclu ou destitué, et ce n'est pas sur une simple induction tirée d'une loi postérieure que l'on peut admettre une dérogation à la loi précédente; d'ailleurs, comme le dit M. Merlin (Voy. *Nouv. Répert.*, au mot *Contrainte par corps*, t. 3, p. 72), en thèse générale, *le Code de procédure ne peut pas être censé déroger au Code civil.*

Si cependant on croyait devoir accorder la préférence à l'opinion de M. Toullier, il faudrait du moins limiter la dérogation dont il parle au seul cas où la délibération portant exclusion ou destitution du tuteur n'aurait pas été unanime.

Ce n'est en effet qu'à cette seule circonstance que s'applique la disposition de l'art. 883, et il suit de là que l'art. 448, Cod. civ., devrait continuer d'être appliqué, si la délibération avait été unanime.

En tout cas, l'alternative donnée par M. Proudhon ne nous paraît justifiée sous aucun rapport (1).

---

(1) A l'appui des observations faites contre l'avis opposé de M. Toullier, *voy.* les *Annales du Notariat*, t. 14, p. 341; un arrêt de Paris du 6 oct. 1814. (*Voy.* S., 1815.215, et *J. Av.*, t. 8, p. 391.) Cet arrêt décide implicitement que l'art. 883 ne s'ap-

[[La Cour de Liége, 17 mars 1831 (*J. Av.*, t. 45, p. 449; DEVILL., 1834.2. 118), a jugé, conformément à l'opinion de M. Carré, que le tuteur destitué ne devait assigner que le subrogé tuteur. MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 280, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 497, embrassent la même opinion, et ce dernier auteur va jusqu'à déclarer frustratoire l'assignation adressée aux membres du conseil.

Dans un conflit d'aussi graves autorités, nous croyons devoir nous en tenir au texte formel de la loi. Pour toutes les matières spécialement examinées dans le Code de procédure, ce code doit être censé déroger à toute autre loi, même au Code civil. Comment voir une exception au principe de l'art. 883, Cod. proc. civ., dans l'art. 448, Cod. civ., publié plusieurs années auparavant? Et d'ailleurs, ces deux dispositions ne se contrarient point entre elles; car, selon nous, le tuteur destitué doit assigner et le subrogé tuteur et les membres du conseil de famille. Si une loi nouvelle exigeait la coopération de personnes autres que celles désignées dans les art. 448 et 883, elle ne dérogerait pas aux deux premières, mais elle serait le complément de leurs dispositions; et peut-on nier que le Code de procédure civile, lorsqu'il s'agit de la forme, ne contienne le véritable complément des dispositions du Code civil? Non certes, surtout à l'occasion de ce titre, car l'orateur du conseil l'a dit de la manière la plus formelle. (LOCRÉ, *Esprit du Code de procédure civile*, t. 4, p. 117.)

M. Carré ne nous paraît pas mieux fondé à dire qu'en admettant que le conseil de famille doive être assigné, c'est dans le cas seulement où les avis n'ont pas été unanimes, cas prévu et régi par l'art. 883. Il est vrai que lorsque l'accord existe, cette disposition ne semble plus applicable, et qu'il faut s'en tenir à l'art. 449, Cod. civ., lequel exige uniquement la mise en cause du subrogé tuteur. Mais le plus léger examen dissipe bientôt tous les doutes. L'art. 883 prévoit surtout le cas où la délibération est attaquée par l'un des membres qui y ont concouru. Nous avons vu, *Quest.* 2995, que l'unanimité des avis n'empêche pas les tiers de se pourvoir par la voie de l'opposition : c'est alors le conseil lui-même qui est mis en cause, et non tel de ses membres. C'est lui qui est assigné dans la personne du tuteur : lorsque c'est ce dernier lui-même qui attaque, le subrogé tuteur le remplace en qualité de défendeur; mais les membres du conseil attaqués dans leurs actes se défendent avec lui. Si donc, sur la citation qui lui est donnée, le subrogé tuteur appelle les parents ou amis qui ont prononcé l'exclusion, il est dans son droit, et ceux-ci ne peuvent refuser de comparaître; s'il ne le fait pas, il est censé avoir pris fait et cause pour eux, et la procédure n'est pas moins valable; mais, par la même raison, ils sont maîtres d'intervenir dans l'instance pour y défendre la délibération à laquelle ils ont participé, et expliquer les motifs qui les ont fait agir.]]

2998. *Peut-on comprendre le juge de paix parmi les membres du conseil de famille à intimer sur le pourvoi contre la délibération?*

Quoique le juge de paix soit de droit membre du conseil, il ne peut être intimé; car il n'agit qu'à raison de son office, en sa qualité de juge. Or, la loi ne rend les juges responsables, à raison de leur ministère, que lorsqu'il y a dol et fraude de leur part : responsabilité qui ne peut être poursuivie que par la voie de la prise à partie. (*Voy.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 387, et HAUTEFEUILLE, p. 521.)

[[La même opinion a été avec raison adoptée par MM. FAVARD DE LAN-

---

plique pas aux délibérations du conseil de famille qui ont pour objet de nommer un tuteur. (Voy., à la *Quest.* 2994, nos observations sur cet arrêt.)

GLADE, t. 1, p. 280; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 497, et consacrée par la Cour de cassation, le 29 juill. 1812 (*J. Av.*, t. 8, p. 386; DEVILL., *Collect. nouv.*, 4.1.159).]]

2999. *Quelle est la forme suivant laquelle est introduite la demande en opposition contre la délibération? Devant quel tribunal cette demande doit-elle être portée?*

Celui qui se propose de former cette demande n'a rien autre chose à faire qu'à retirer une expédition de la délibération, et à en signifier aux membres sur l'avis desquels elle a été prise une copie à la suite de laquelle il leur donne assignation à comparaître au délai de la loi devant le tribunal civil dans l'arrondissement duquel l'assemblée a été tenue, puisqu'il s'agit ici, non pas précisément d'une demande principale, mais seulement de l'exécution d'un procès-verbal émané du juge de paix qui a présidé cette assemblée. (Voy. *Quest. de Lepage*, p. 582.)

Cet ajournement contient des conclusions tendantes à ce que la délibération soit annulée ou modifiée suivant les circonstances (*voy.* PIGEAU, t. 2, p. 353 et 354), et non pas seulement, comme le dit M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 587, à ce que le conseil soit convoqué pour délibérer de nouveau.

[[La Cour d'Amiens, 11 fruct. an XIII (*J. Av.*, t. 8, p. 341; DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.2.87), a jugé, conformément à ces principes, que c'est aux tribunaux civils d'arrondissement, et non aux juges de paix, qu'il appartient de statuer sur les contestations qui s'élèvent sur l'exécution ou à l'occasion des conseils de famille. De même, quoique les délibérations qui nomment un tuteur doivent être homologuées, les oppositions formées à leur exécution sont portées devant les mêmes tribunaux. Angers, 6 août 1819 (*J. Av.*, t. 8, p. 405; DEVILL., *Collect. nouv.*, 6.2.124).]]

3000. *Les frais faits par un membre du conseil de famille, qui succombe sur la demande formée par lui contre la délibération du conseil de famille, en vertu de l'art. 883, sont-ils à sa charge, ou bien sont-ils, comme ceux de tenue de ce conseil, passés en dépense d'administration?*

M. LEPAGE, dans ses *Questions*, p. 581, et les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 161, décident que ces frais sont passés en dépense d'administration.

Nous croyons, par argument de l'art. 441, Cod. civ., et les explications données sur cet article par M. LOCRÉ, t. 2, p. 207, que les juges ont la faculté de déclarer, suivant les circonstances, soit que le membre du conseil supportera personnellement ces frais, soit qu'ils passeront en dépense d'administration.

C'est aussi l'opinion de M. TOULLIER, t. 2, p. 419, puisqu'il applique l'article 441 à l'espèce d'une réclamation formée contre la majorité des membres du conseil.

[[C'est encore le sentiment de M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 497, lorsqu'il enseigne que les dépens doivent être mis à la charge des membres du conseil qui succombent, à moins qu'ils n'aient agi de bonne foi et dans l'intérêt du mineur. Rien ne nous paraît plus juste que cette précision : les parents que la loi charge de veiller sur la personne et les biens d'un enfant, assez peu disposés souvent à échanger leur repos contre des contestations et des procès, le seraient bien moins encore, s'ils étaient exposés à des frais considérables, chaque fois qu'ils voudraient prendre en main sa défense.

M. SUDRAUD DESISLES enseigne cependant, p. 226, n° 728, que ces frais sont toujours à la charge de la partie qui succombe.]]

3001. *En est-il de même du subrogé tuteur qui, dans l'espèce de l'art. 448, Cod. civ., succombe sur la réclamation du tuteur exclu ou destitué?*

Lorsque le subrogé tuteur succombe en cette circonstance, il peut être condamné aux dépens; mais il ne doit les supporter que sauf son recours contre les membres qui ont voté la délibération.

En effet, si, d'après l'art. 441, C. civ., ceux qui ont rejeté une excuse proposée par un individu appelé à gérer la tutelle, peuvent, suivant les circonstances, supporter les dépens, il doit en être de même de ceux qui ont prononcé une destitution : il y a même motif de décider, et ce motif, c'est l'intérêt du mineur, qui ne peut souffrir du caprice ou de la partialité des membres du conseil

[[Nous avons dit, sur la *Quest.* 2997, que les membres du conseil de famille qui ont été d'avis de l'exclusion doivent être assignés conjointement avec le subrogé tuteur, ce qui lève toute difficulté sur la question des frais : si, dans leur délibération, ils n'ont évidemment été mus que par des motifs de passion ou de fraude, toutes les parties seront solidairement condamnées ; s'ils ont agi dans l'intérêt mal entendu du mineur, les dépens seront passés en frais d'administration, comme il est dit sur la question précédente.]]

3002. *En est-il de même, soit du membre du conseil de famille, dans l'espèce du n°* 3000 *ci-dessus, soit du subrogé tuteur, dans celle du précédent, si l'un ou l'autre est condamné à des dommages-intérêts?*

Les auteurs des *Annales du notariat* décident que chacun d'eux a un recours en garantie contre les membres du conseil de famille, en cas de condamnation à des dommages-intérêts et à des frais.

Nous maintenons, pour les deux cas, les solutions données sur les questions précédentes; nous ne voyons, en effet, aucune raison de décider autrement pour les dommages que pour les frais, à moins que les dommages n'eussent pour cause un fait personnel au subrogé tuteur ou à un membre du conseil, lequel fait serait étranger à la délibération.

[[Il nous est bien difficile d'imaginer des cas où la condamnation des membres du conseil à des dommages-intérêts ne provienne pas de faits à eux personnels. C'est donc généralement à leur charge que devront être mis les dépens. Du reste, cette observation ne change rien à l'exactitude de la solution donnée par M. Carré.]]

ART. 884. La cause sera jugée sommairement.

Cod. proc. civ., art. 405. — Règl. du 30 mars 1808, art. 60.

ART. 885. Dans tous les cas où il s'agit d'une délibération sujette à homologation, une expédition de la délibération sera présentée au président, lequel, par ordonnance au bas de ladite délibération, ordonnera la communication au ministère public, et commettra un juge pour en faire le rapport à jour indiqué.

Tarif, 78. — Cod. civ., art. 458, 467.

ART. 886. Le procureur du roi donnera ses conclusions au bas de ladite ordonnance, la minute du jugement d'homologation sera mise à la suite desdites conclusions sur le même cahier.

[Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 371, nos 17 à 26.] — Cod. civ., art. 448, 457, 458, 483.—[Notre Dict. gén. de proc., vo *Conseil de famille*, nos 119 à 124. — Devilleneuve, *cod. verb.*, nos 57 à 64. — Locré, t. 23, p. 66 et 134, no 34.

QUESTION TRAITÉE : Les formalités des art. 885 et 886 doivent-elles être suivies dans tous les cas où il y a lieu à homologation, et cette homologation doit-elle être donnée en audience publique? *Q.* 3003.]

DLIV. On voit qu'il ne faut qu'un seul et même cahier pour exécuter ce qui est prescrit par les deux articles ci-dessus, et certes, le législateur ne pouvait pas, en cherchant des formes suffisantes, se fixer à de plus simples.

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 499, loin d'approuver cette marche, critique la disposition qui veut que l'ordonnance du président soit mise au bas de la délibération du conseil, ce qui oblige de déposer le tout au greffe et, par conséquent, d'en délivrer une seconde expédition avec le jugement, lorsqu'il suffirait évidemment de délivrer expédition de l'ordonnance, la minute de la délibération existant sur le registre du greffe de la justice de paix ; cet auteur ajoute que l'usage, dans quelques tribunaux, est de joindre la copie de la délibération à une requête présentée à part et sur laquelle se mettent l'ordonnance, les conclusions et le jugement, ce qui évite les frais d'une seconde copie. Il convient du reste que cet usage n'est pas conforme à la lettre de l'art. 885.]]

3003. *Les formalités des art.* 885 *et* 886 *doivent-elles être suivies dans tous les cas où il y a lieu à homologation, et cette homologation doit-elle être donnée en audience publique?*

Il y a lieu à homologation en trois points principaux, qui sont ceux des articles 448, 458 et 483, Cod. civil. Dans ces trois cas, il faut suivre les formalités prescrites par les art. 885 et 886.

Mais le jugement par lequel l'homologation est prononcée doit-il être rendu en audience publique?

C'est l'opinion que manifestent M. Pigeau, t. 2, p. 358, par la formule qu'il donne d'un pareil jugement, et M. HAUTEFEUILLE, p. 522. Cependant l'article 458, Cod. civ., veut que le tribunal statue en la Chambre du conseil sur l'homologation des délibérations relatives à l'objet de l'art. 457, c'est-à-dire aux emprunts, aliénations et hypothèques ; et c'est de la sorte que nous avons vu plusieurs fois homologuer des délibérations qui autorisaient le mineur émancipé à faire un emprunt.

Tel est l'usage suivi par plusieurs tribunaux, et notamment par le tribunal civil de Rennes, usage qu'aucun arrêt n'a proscrit, du moins à notre connaissance, et que nous croyons au contraire conforme à la loi, parce que nous ne trouvons, dans les art. 885 et 886, aucune disposition d'où l'on puisse conclure l'abrogation de l'art. 458, Cod. civil.

Peut-être MM. Pigeau et Hautefeuille ont-ils été conduits à penser autrement, attendu que l'art. 886 porte que l'homologation sera donnée après rapport d'un juge-commissaire, et que l'art. 111 veut que tout rapport soit fait à l'audience.

Mais, selon nous, cette disposition de l'art. 111 ne doit recevoir son application qu'aux cas pour lesquels la loi n'a pas autrement statué ; ce qui le prouve, au moins dans l'espèce de la présente question, c'est que l'art. 886 veut que le procureur du roi donne ses conclusions au bas de l'ordonnance.

Or, si le rapport devait être fait, et l'homologation être prononcée à l'audience, cette formalité ne serait pas nécessaire, le procureur du roi n'aurait qu'à porter la parole. Quelle serait d'ailleurs la nécessité de la publicité de l'audience, dans une affaire qui n'entraîne aucune discussion entre parties?

Au reste, nous convenons, et c'est aussi l'avis de M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 589, que, dans le cas de l'art. 448, Cod. civ., le rapport doit être fait et l'ho-

mologation doit être prononcée à l'audience, parce qu'il y a contestation entre le subrogé tuteur chargé de la poursuivre et le tuteur exclu ou destitué.

Alors le jugement est rendu sommairement, sur les conclusions du ministère public : tel est encore l'usage, qui vient coïncider avec les dispositions des art. 883 et 884.

[[Aux cas indiqués par M. Carré, dans lesquels il y a lieu à homologation, M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 588, ajoute avec raison ceux des art. 461, 463 et 465, Cod. civil. Il en est d'autres encore sur lesquels la même difficulté s'est élevée : *Voy.* Metz, 24 brum. an XIII, et Toulouse, 5 juin 1829 (*J. Av.*, t. 8, p. 333; DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.2.3); mais leur examen sort du cadre que nous nous sommes tracé. Quant au point de savoir si le jugement d'homologation doit être rendu en audience publique, nous approuvons en principe l'opinion de M. Carré, qui se prononce pour la négative, et nous admettons l'exception qu'il propose, dans le cas de l'art. 448, en l'étendant à tous ceux où il y a contradiction et débat sur l'avis du conseil de famille, ce qui, suivant nous, entraîne la publicité du jugement. (*Voy.* notre *Quest.* 2923.) Telle est aussi l'opinion de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 281, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 500; *Voy.* de plus notre *Quest.* 3005, *in fine.*]]

ART. 887. Si le tuteur, ou autre chargé de poursuivre l'homologation, ne le fait dans le délai fixé par la délibération, ou, à défaut de fixation, dans le délai de quinzaine, un des membres de l'assemblée pourra poursuivre l'homologation contre le tuteur, et aux frais de celui-ci, sans répétition.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 374, n°s 27 et 28. — Notre Dict. gén. de proc., v° *Conseil de famille*, n°s 122 et 123. — Locré, t. 23, p. 157, n° 20.

QUESTIONS TRAITÉES : Le délai de quinzaine fixé par l'art. 887 est-il susceptible de l'augmentation à raison de la distance du domicile de celui qui est chargé de poursuivre l'homologation au lieu où siége le tribunal? *Q.* 3004. — Faut-il que le membre du conseil de famille, qui poursuit l'homologation en cas de négligence de celui qui en était chargé, assigne celui-ci sur cette poursuite? *Q.* 3005.]

DLV. On rappelle sur cet article qu'il s'agit des délibérations qui, sans être attaquées, ont besoin de la sanction de la justice, et notamment dans les cas prévus par les art. 457 et 458, Cod. civil.

3004. *Le délai de quinzaine fixé par l'art. 887 est-il susceptible de l'augmentation à raison de la distance du domicile de celui qui est chargé de poursuivre l'homologation au lieu où siége le tribunal?*

Nous ne le pensons pas; car l'espèce dont il s'agit n'entre point dans les cas prévus par l'art. 1033; c'est d'ailleurs devant le juge du domicile du tuteur que se poursuit l'homologation; or, quand ce domicile serait à l'extrémité la plus éloignée de l'arrondissement, le délai de quinzaine sera toujours plus que suffisant pour présenter l'avis de parents à la sanction du tribunal.

[[Ce dernier motif doit faire adopter la solution de M. Carré. (*Voy.* nos observations sur la *Quest.* 3410.)]]

3005. *Faut-il que le membre du conseil de famille qui poursuit l'homologation, en cas de négligence de celui qui en était chargé, assigne celui-ci sur cette poursuite?*

Dans ce cas, dit M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 590, il faut de toute nécessité assigner l'individu en retard aux jour et heure indiqués dans l'ordonnance

dont on lui signifie copie, pour voir prononcer l'homologation *en la chambre du conseil*, et à ses frais. Si on ne l'assigne pas, ajoute cet auteur, on s'expose à une opposition de sa part, fondée sur ce qu'on aurait prononcé une condamnation contre lui sans l'avoir appelé, tandis qu'il est possible qu'il soit excusable.

D'ailleurs, l'art. 887, en disant que l'homologation sera poursuivie *contre lui*, annonce suffisamment que le jugement doit être ou contradictoire avec lui ou par défaut, puisqu'il est de règle qu'on ne peut obtenir valablement des condamnations contre une partie qui n'a pas été mise en cause.

Nous croyons aussi que l'on doit assigner le membre du conseil qui, désigné pour poursuivre l'homologation, néglige d'agir dans le délai qui lui est indiqué par la délibération ou par la loi; mais nous ne pensons pas, comme M. Demiau, qu'il doive être assigné en la chambre du conseil, attendu qu'il peut y avoir discussion entre lui et celui qui provoque à sa place l'homologation qu'il était chargé de poursuivre.

En ce cas, nous pensons que le président doit ordonner que le rapport sera fait en audience publique.

[[Tel est aussi notre avis. (*Voy.* dans le même sens M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 501.)]]

ART. 888. Ceux des membres de l'assemblée qui croiront devoir s'opposer à l'homologation, le déclareront, par acte extrajudiciaire, à celui qui est chargé de la poursuivre; et s'ils n'ont pas été appelés, ils pourront former opposition au jugement.

Tarif, 29. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 374, nos 29 à 32.] — Cod. civ., art. 448 et suiv.

DLVI. La disposition de l'article ci-dessus a pour objet de donner la faculté de mettre en cause les parties qui s'opposeraient à l'homologation de la délibération de l'assemblée de famille; et s'ils n'y sont pas mis, ils peuvent former opposition au jugement d'homologation, qui, d'ailleurs, est sujet à l'appel, comme le porte l'art. 889.

ART. 889. Les jugements rendus sur délibération du conseil de famille seront sujets à l'appel (1).

---

(1) Voici les dispositions du Code civil :

446. Toutes les fois qu'il y aura lieu à une destitution de tuteur, elle sera prononcée par le conseil de famille, convoqué à la diligence du subrogé tuteur, ou, d'office, par le juge de paix.

Celui-ci ne pourra se dispenser de faire cette convocation, quand elle sera formellement requise par un ou plusieurs parents ou alliés du mineur, au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches.

447. Toute délibération du conseil de famille qui prononcera l'exclusion ou la destitution du tuteur, sera motivée, et ne pourra être prise qu'après avoir entendu ou appelé le tuteur.

448. Si le tuteur adhère à la délibération, il en sera fait mention, et le nouveau tuteur entrera aussitôt en fonctions.

S'il y a réclamation, le subrogé tuteur poursuivra l'homologation de la délibération devant le tribunal de première instance, qui prononcera sauf l'appel.

Le tuteur exclu ou destitué peut lui-même, en ce cas, assigner le subrogé tuteur pour se faire déclarer maintenu en la tutelle.

449. Les parents ou alliés qui auront requis la convocation pourront intervenir dans la cause, qui sera instruite et jugée comme affaire urgente.

[Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 375, n° 33.] — Cod. civ., art. 446 et suiv. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Conseil de famille*, nos 127 à 132. — Locré, t. 23, p. 99, n° 28.

QUESTIONS TRAITÉES : Dans quel délai ceux qui n'ont pas été appelés peuvent-ils se pourvoir par opposition? *Q*. 3006. — Les membres du conseil qui n'ont point déclaré s'opposer à l'homologation peuvent-ils s'opposer au jugement qui la prononce? S'ils ne le peuvent pas, n'ont-ils pas du moins le droit d'interjeter appel de ce jugement? *Q*. 3007. — Mais un membre du conseil de famille qui aurait signifié la déclaration extrajudiciaire, et qui ne se présenterait pas à l'audience sur l'assignation que lui aurait donnée la personne chargée de poursuivre l'homologation, pourrait-il se pourvoir par opposition, attendu que le jugement aurait été rendu sur son défaut? *Q*. 3008. — Mais si l'on n'admet pas la voie d'opposition, dans l'espèce de la question précédente, accorde-t-on du moins la voie d'appel? *Q*. 3009. — Si toute autre personne qu'un membre de l'assemblée de famille a des réclamations à faire contre l'homologation, est-elle obligée de se pourvoir par appel? *Q*. 3010. — Le ministère public qui a conclu à la non-homologation peut-il appeler du jugement qui a homologué? *Q*. 3011.—Le jugement qui a prononcé l'homologation d'une délibération dont l'objet est au-dessous de la valeur jusqu'à concurrence de laquelle le tribunal juge en dernier ressort est-il néanmoins sujet à l'appel? *Q*. 3012.]

3006. *Dans quel délai ceux qui n'ont pas été appelés peuvent-ils se pourvoir par opposition?*

L'article n'en détermine aucun. Les délais fixés par le Code de procédure ne courent que contre ceux qui ont été appelés, et ici les opposants ne l'ont point été : le délai sera donc indéfini. C'est une espèce de tierce opposition, avec la différence que, dans le cas où les opposants succomberaient, il n'y aurait point lieu à l'amende fixée par l'art. 479. (DELVINCOURT, t. 1, p. 482.)

[[Nous adoptons l'opinion de M. Carré, avec cette restriction, cependant, que l'opposition ne pourra plus être reçue lorsque la délibération aura été exécutée; par exemple, si l'immeuble du mineur a été vendu, si l'emprunt est consommé, etc.

Tel paraît être également l'avis de M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 501.]]

3007. *Les membres du conseil qui n'ont point déclaré s'opposer à l'homologation peuvent-ils s'opposer au jugement qui la prononce? S'ils ne le peuvent pas, n'ont-ils pas du moins le droit d'interjeter appel de ce jugement?*

Il résulte des termes de l'art. 888 que tout membre du conseil de famille qui n'a pas préalablement notifié l'acte extrajudiciaire portant déclaration qu'il entend s'opposer à l'homologation ne peut s'opposer au jugement qui la prononce, puisque cette faculté n'est accordée qu'à ceux qui, ayant fait la déclaration dont il s'agit, n'auraient pas été appelés.

Mais l'art. 889 est conçu en termes généraux, d'après lesquels des auteurs (*Voy*. entre autres LEPAGE, p. 584) estiment que la voie d'appel ne leur est pas interdite; ils s'appuient surtout sur ce que l'appel est ici une action qui appartient au mineur; que le conseil de famille est institué pour le défendre et pour exercer les droits qu'il ne peut faire valoir lui-même, et que conséquemment on ne peut opposer, comme fin de non-recevoir contre l'appel interjeté par un membre du conseil, l'acquiescement tacite qu'il aurait donné à l'homologation, en négligeant la déclaration prescrite par l'art. 888.

Nous croyons, au contraire, qu'il résulte de ce que la loi refuse la voie d'opposition au jugement à tout membre d'un conseil de famille qui n'a pas fait la déclaration extrajudiciaire qu'elle prescrit, qu'elle a entendu lui refuser également celle de l'appel.

Cette faculté de s'opposer au jugement est un droit exorbitant, soumis à la condition nécessaire de la déclaration; et s'il s'évanouit, lorsque cette condition n'a pas été remplie, il serait contradictoire que la voie d'appel, qui est par elle-même moins favorable que le recours au premier juge, fût ouverte à la

place de ce recours à un individu qui, non-seulement n'a pas été partie au jugement, mais qui a perdu le droit de l'être en ne remplissant pas la condition exigée par la loi.

[[Quoique ces arguments aient paru péremptoires à M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 502, l'art. 889 nous semble conçu en termes trop généraux pour qu'on puisse adopter l'opinion de M. Carré; ce serait d'ailleurs créer une exception qui, pour exister, doit être écrite dans un texte, que de ne pas permettre l'appel à celui qui eût pu former opposition à un jugement, et qui a négligé de le faire. Nous avons même vu, *Quest.* 2996, qu'en matière de tutelle, il ne peut pas y avoir d'acquiescement qui empêche les parties intéressées d'interjeter appel.]]

3008. ***Mais un membre du conseil de famille qui aurait signifié la déclaration extrajudiciaire, et qui ne se présenterait pas à l'audience, sur l'assignation que lui aurait donnée la personne chargée de poursuivre l'homologation, pourrait-il se pourvoir par opposition, attendu que le jugement aurait été rendu sur son défaut?***

Nous croyons que les termes mêmes de l'art. 888 supposent la négative de cette question.

En effet, il en résulte, comme nous venons de le dire sur la précédente, que celui qui a fait la déclaration extrajudiciaire prescrite par cet article n'a la voie d'opposition qu'autant qu'il n'a pas été appelé, d'où il suit, *à contrario*, que celui qui, ayant fait cette déclaration, est appelé et ne se présente pas, ne peut se pourvoir par cette voie : il est, en cette circonstance, considéré comme ayant renoncé à sa déclaration extrajudiciaire.

Tel est aussi l'avis de M. Lepage, dans son nouveau Style. (*Voy.* 4e édit., p. 714.)

Nous ne nous dissimulons pas que cette opinion est susceptible de plusieurs objections tirées des règles générales qui régissent les jugements par défaut.

On dira, par exemple, que la loi n'a point formellement prononcé d'exception à ces règles, dans l'art. 888.

Quoi qu'il en soit, nous persistons à croire que cette exception résulte des expressions de l'article.

Au surplus, que pourrait-on trouver en cela de surprenant ou d'injuste? N'est-il pas assez naturel qu'une faculté exorbitante soit restreinte dans certaines limites? Si elle est accordée par exception au droit commun, qui n'admet l'intervention de la part d'un tiers qu'autant qu'il a intérêt personnel dans la cause, on peut facilement présumer que l'on a fait exception à ce même droit, quant à l'étendue et à l'exercice de cette faculté.

La justice l'exigeait d'ailleurs dans l'espèce qui nous occupe; car une délibération arrêtée par la majorité d'un conseil de famille, homologuée ensuite par le tribunal, sur les conclusions du ministère public, a pour elle une présomption de conformité aux intérêts du mineur qui ne permet pas de favoriser la négligence d'un opposant, qui, bien souvent, n'aurait été mu que par le ressentiment de ce que son opinion n'aurait pas été suivie. Il est assez naturel, lorsqu'il ne se présente pas pour faire valoir ses moyens d'opposition, de présumer qu'il a été guidé moins par l'intérêt du mineur que par des motifs personnels, et qu'il a renoncé à agir pour celui-ci.

[[Nous pensons qu'en effet ce n'est pas aux principes généraux en matière d'opposition qu'il faut se reporter, puisqu'il s'agit ici d'une voie de recours particulière, dont l'art. 888 détermine restrictivement l'occasion et le mode; ce qui la distingue de l'opposition ordinaire, c'est qu'elle doit être formée avant le jugement, et pendant le cours de la procédure où elle a pour effet de faire

appeler les opposants. Une fois le jugement d'homologation rendu sans contradiction de leur part, elle doit donc leur être fermée, avec d'autant plus de raison que c'est un principe général et applicable dans tous les cas, parce qu'il est de l'essence même du droit, que l'opposition ne peut être admise qu'une fois. M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 503, partage notre sentiment.]]

3009. *Mais si l'on n'admet pas la voie d'opposition, dans l'espèce de la question précédente, accorde-t-on du moins la voie d'appel?*

Oui, dit M. LEPAGE. (*Voy.* nouveau Style, *ubi suprà.*)

Mais comme nous avons assimilé, sur la précédente question, le membre du conseil qui laisse défaut à celui qui n'aurait pas fait la déclaration extrajudiciaire de s'opposer à l'homologation, nous ne croyons pas, d'après les motifs exposés sur la *Quest.* 3007, qu'on doive lui accorder la voie d'appel, qui, dans l'espèce de l'art. 888, ne nous paraît ouverte qu'autant que l'homologation est devenue *contentieuse* par un débat entre l'opposant et celui qui est chargé de la poursuivre. (*Argument* d'un arrêt de la Cour de Turin, cité sur la question suivante.)

[[Nous avons déjà repoussé la doctrine de M. Carré, sous la *Quest.* 3007.]]

3010. *Si toute autre personne qu'un membre de l'assemblée de famille a des réclamations à faire contre l'homologation, est-elle obligée de se pourvoir par appel?*

Voy. *Quest.* 2995.

Non-seulement elle n'y est pas obligée, mais il est une circonstance dans laquelle nous pensons qu'elle ne pourrait se pourvoir que par opposition devant le tribunal même qui aurait rendu le jugement d'homologation.

Par exemple, si ce jugement a été prononcé sans réclamation, il ne présente qu'un acte de juridiction volontaire, et, dans ce cas, on ne peut en interjeter appel, parce que l'art. 889, ainsi que l'a décidé la Cour de Turin, par arrêt du 29 juill. 1809 (*Voy.* SIREY, t. 10, 2e p., p. 227; et *J. Av.*, t. 8, p. 355), ne s'entend naturellement que des cas où, par une suite de réclamations de la part des intéressés, l'homologation est devenue *contentieuse.*

Lorsque l'homologation est devenue contentieuse, la voie d'appel est sans doute la seule qui reste à ceux qui ont été parties au jugement; mais un tiers peut se pourvoir devant les premiers juges, afin d'épuiser le premier degré de juridiction; il ne fait alors qu'user du droit de se rendre tiers opposant.

Mais comme le droit d'interjeter appel ou d'intervenir sur un appel appartient à toutes personnes ayant droit de former tierce opposition, nous pensons que l'opposition devant les premiers juges n'est pas rigoureusement exigée dans l'espèce où l'homologation a été prononcée par un jugement intervenu sur contestation.

[[La Cour d'Aix, 3 fév. 1832 (*J. P.*, 3e éd., t. 24, p. 658; DEVILL., 1833.2. 307), a jugé, conformément aux mêmes principes, qu'il n'est pas nécessaire, pour faire prononcer la nullité d'une délibération du conseil de famille, d'appeler du jugement qui l'a homologuée, et qu'il suffit d'attaquer cette délibération et l'acte qui en a été la suite, par la voie de l'action en nullité. Au surplus, la solution de M. Carré nous paraît exacte.]]

3011. *Le ministère public qui a conclu à la non homologation peut-il appeler du jugement qui a homologué?*

La négative a été jugée en cassation, le 26 août 1807. (*Jurisp.* du Cod. civ., t. 9, p. 409; et *J. Av.*, t. 8, p. 344.)

Et, en effet, dit M. Delvincourt, t. 1, p. 482, l'appel n'est accordé qu'à celui qui aurait droit d'agir, et ce n'est pas ici un des cas dans lesquels la loi donne l'action au ministère public; il n'a que le droit de donner des conclusions. *Voy.* art. 2, tit. 8 de la loi du 24 août 1790.)

[[Ce point est constant. (*Voy.* aussi M. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 590.)]]

3012. *Le jugement qui a prononcé l'homologation d'une délibération dont l'objet est au-dessous de la valeur jusqu'à concurrence de laquelle le tribunal juge en dernier ressort, est-il néanmoins sujet à l'appel?*

Oui, parce qu'en cette matière la loi, attendu la faveur due aux incapables, n'a pas eu, comme dans les matières ordinaires, *égard à la somme qui fait l'objet de la délibération*, mais à la nature seule de *la chose décidée.*

C'est ce qui résulte de la généralité des termes de l'art. 889. Ainsi, par exemple, pour payer une dette légitime du mineur, un avis de parents autorise le tuteur à emprunter une somme de 800 fr.; un des membres du conseil s'oppose à l'homologation : le jugement qui interviendra sera sujet à l'appel. (V. *Prat.*, t. 5, p. 161, et *Quest.* de Lepage, p. 585.)

[[M. Thomine Desmazures, t. 2, p. 503, admet au contraire, et nous croyons avec lui que ces décisions ne sont pas susceptibles d'appel, lorsqu'elles statuent sur une valeur inférieure au taux du dernier ressort. La généralité des termes de l'art. 889 prouve simplement que l'intention du législateur était de trancher une difficulté à laquelle aurait pu donner lieu la nature des jugements d'homologation, mais non de déroger à une règle générale et absolue. Il faudrait, pour admettre cette dernière interprétation, que l'article eût dit : « Les jugements seront toujours sujets à l'appel. »]]

TITRE XI.

De l'Interdiction (1).

L'interdiction d'une personne est, en général, la privation du droit de faire par elle-même les actes de la vie civile, et d'administrer sa personne et ses

---

(1) Voici le texte des articles du Code civil :

489. Le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides.

490. Tout parent est recevable à provoquer l'interdiction de son parent. Il en est de même de l'un des époux à l'égard de l'autre.

491. Dans le cas de fureur, si l'interdiction n'est provoquée ni par l'époux ni par les parents, elle doit l'être par le procureur du roi, qui, dans les cas d'imbécillité ou de démence, peut aussi la provoquer contre un individu qui n'a ni époux, ni épouse, ni parents connus.

492. Toute demande en interdiction sera portée devant le tribunal de première instance.

493. Les faits d'imbécillité, de démence et de fureur, seront articulés par écrit. Ceux qui poursuivront l'interdiction présenteront les témoins et les pièces.

494. Le tribunal ordonnera que le conseil de famille, formé selon le mode déterminé à la sect. IV du chap. II du titre de la *Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation*, donne son avis sur l'état de la personne dont l'interdiction est demandée.

495. Ceux qui auront provoqué l'interdiction ne pourront faire partie du conseil de famille : cependant l'époux ou l'épouse, et les enfants de la personne dont l'interdiction sera provoquée, pourront y être admis sans y avoir voix délibérative.

496. Après avoir reçu l'avis du conseil de famille, le tribunal interrogera le défendeur à la Chambre du conseil : s'il ne peut s'y présenter, il sera interrogé dans sa demeure par l'un des juges à ce commis, assisté du

greffier. Dans tous les cas, le procureur du roi sera présent à l'interrogatoire.

497. Après le premier interrogatoire, le tribunal commettra, s'il y a lieu, un administrateur provisoire, pour prendre soin de la personne et des biens du défendeur.

498. Le jugement sur une demande en interdiction ne pourra être rendu qu'à l'audience publique, les parties entendues ou appelées.

499. En rejetant la demande en interdiction, le tribunal pourra néanmoins, si les circonstances l'exigent, ordonner que le défendeur ne pourra désormais plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier, ni en donner décharge, aliéner, ni grever ses biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui lui sera nommé par le même jugement.

500. En cas d'appel du jugement rendu en première instance, la Cour royale pourra, si elle le juge nécessaire, interroger de nouveau ou faire interroger par un commissaire, la personne dont l'interdiction est demandée.

501. Tout arrêt ou jugement portant interdiction, ou nomination d'un conseil, sera, à la diligence des demandeurs, levé, signifié à partie, et inscrit, dans les dix jours, sur les tableaux qui doivent être affichés dans la salle de l'auditoire et dans les études des notaires de l'arrondissement.

502. L'interdiction ou la nomination d'un conseil aura son effet du jour du jugement. Tous actes passés postérieurement par l'interdit, ou sans l'assistance du conseil, seront nuls de droit.

503. Les actes antérieurs à l'interdiction pourront être annulés, si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits.

504. Après la mort d'un individu, les actes par lui faits ne pourront être attaqués pour cause de démence, qu'autant que son interdiction aurait été prononcée ou provoquée avant son décès; à moins que la preuve de la démence ne résulte de l'acte même qui est attaqué.

505. S'il n'y a pas d'appel du jugement d'interdiction rendu en première instance, ou s'il est confirmé sur l'appel, il sera pourvu à la nomination d'un tuteur et d'un subrogé tuteur à l'interdit, suivant les règles prescrites au titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation*. L'administrateur provisoire cessera ses fonctions, et rendra compte au tuteur, s'il ne l'est pas lui-même.

506. Le mari est de droit le tuteur de sa femme interdite.

507. La femme pourra être tutrice de son mari. En ce cas, le conseil de famille réglera la forme et les conditions de l'administration, sauf le recours devant les tribunaux de la part de la femme qui se croirait lésée par l'arrêté de la famille.

508. Nul, à l'exception des époux, des ascendants et descendants, ne sera tenu de conserver la tutelle d'un interdit au delà de dix ans. A l'expiration de ce délai, le tuteur pourra demander et devra obtenir son remplacement.

509. L'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens : les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits.

510. Les revenus d'un interdit doivent être essentiellement employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison. Selon les caractères de sa maladie et l'état de sa fortune, le conseil de famille pourra arrêter qu'il sera traité dans son domicile, ou qu'il sera placé dans une maison de santé et même dans un hospice.

511. Lorsqu'il sera question du mariage de l'enfant d'un interdit, la dot, ou l'avancement d'hoirie, et les autres conventions matrimoniales, seront réglées par un avis du conseil de famille, homologué par le tribunal, sur les conclusions du procureur du roi.

512. L'interdiction cesse avec les causes qui l'ont déterminée : néanmoins la mainlevée ne sera prononcée qu'en observant les formalités prescrites pour parvenir à l'interdiction, et l'interdit ne pourra reprendre l'exercice de ses droits qu'après le jugement de mainlevée.

513. Il peut être défendu aux prodigues de plaider, de transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge, d'aliéner, ni de grever leurs biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui leur est nommé par le tribunal.

514. La défense de procéder sans l'assistance d'un conseil peut être provoquée par ceux qui ont droit de demander l'interdiction; leur demande doit être instruite et jugée de la même manière.

Cette défense ne peut être levée qu'en observant les mêmes formalités.

515. Aucun jugement, en matière d'interdiction, ou de nomination de conseil, ne pourra être rendu, soit en première instance, soit en cause d'appel, que sur les conclusions du ministère public.

Voy. aussi Cod. pén., art. 29 à 31.

biens. C'est, à proprement parler, la mise en tutelle d'un majeur, qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur (Cod. civ., art. 489)(1), ou qui a subi une condamnation aux travaux forcés ou à la réclusion. (Cod. pén., art. 29 à 31.)

Dans le premier cas, on dit que l'interdiction est *civile*, parce qu'elle doit être prononcée par jugement du tribunal civil.

Dans le second cas, elle est appelée *légale*, parce qu'elle dérive immédiatement de la loi; aussi n'admet-elle l'application des dispositions du Code civil et du Code de procédure que relativement à ses effets et à la nomination du curateur, dont le condamné doit être pourvu dans la même forme que la personne interdite par jugement. (Cod. pén., art. 29.)

Le Code civil contient, sur la matière de l'interdiction, beaucoup de dispositions dont plusieurs appartiennent à la procédure, qu'il ne s'agissait que de compléter. Le Code de procédure, dans la vue de pourvoir aux moyens de prévenir toute surprise, reprend et développe ces dispositions fondamentales, déjà consignées au premier; et telle est, comme l'a remarqué l'orateur du Gouvernement (*Exposé des motifs*, édit. F. Didot, p. 290), la simplicité des nouveaux articles, qu'il serait superflu, du moins pour le plus grand nombre, de vouloir en développer l'esprit, quand le texte seul remplit évidemment ce but.

Personne, au surplus, ne saurait s'étonner d'y rencontrer quelques additions au Code civil, qui ne sont que le développement nécessaire de ce Code.

ART. 890. Dans toute poursuite d'interdiction, les faits d'imbécillité, de démence, ou de fureur, seront énoncés en la requête présentée au président du tribunal; on y joindra les pièces justificatives, et l'on indiquera les témoins.

Tarif, 79. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 375, nos 1 à 6.] — Cod. civ., art. 489, 491, 492, 493, 494. — [Notre Dict. gén. de proc., vis *Interdiction*, nos 8, 15, 18, 29, et *Jugement*, no 515. — Arm. Dalloz, vo *Interdiction*, nos 47 à 49. — Devilleneuve, *eod. verb.*

QUESTIONS TRAITÉES : Quel est le tribunal au président duquel la requête doit être présentée? *Q.* 3013. — Le demandeur en interdiction est-il tenu, à peine de nullité, de joindre à la requête des pièces justificatives? *Q.* 3013 *bis*. — L'instance en interdiction peut-elle être poursuivie par les héritiers ou ayans cause du défendeur, si ce dernier vient à décéder? *Q.* 3013 *ter.*]

3013. *Quel est le tribunal au président duquel la requête doit être présentée?*

Tous les auteurs s'accordent à dire que la requête doit être présentée au président du tribunal dans le ressort duquel le défendeur en interdiction a son domicile.

Nous exceptons toutefois M. Demiau-Crouzilhac, qui induit du silence des art. 492, Cod. civ. et 890, Cod. proc. civ., qu'il a été dans l'intention du législateur d'indiquer, soit le tribunal du lieu du domicile, soit celui du lieu de la résidence, suivant qu'il est plus facile de faire la preuve des faits contenus dans la requête, attendu qu'ils se seraient passés dans un de ces lieux.

Cette opinion avait été formellement consacrée par un arrêt de la Cour de Bordeaux du 20 germ. an XIII (Voy. *Jurisp.* du Cod. civ., t. 4, p. 227), qui a

(1) La prodigalité n'est plus une cause d'interdiction; elle autorise seulement à soumettre le prodigue à un conseil judiciaire, sans lequel il ne peut ni plaider, ni emprunter, ni recevoir ses capitaux, ni vendre, ni engager ses immeubles. (Cod. civ., 513, *infrà*, art. 897.)

décidé que l'on pouvait valablement poursuivre l'interdiction d'une femme depuis longtemps absente du domicile marital, au lieu où elle faisait sa résidence.

Les rédacteurs de la *Jurisprudence du Code civil* critiquent cet arrêt, et nous croyons comme eux que, toutes les fois que la loi n'indique pas précisément le tribunal compétent pour connaître d'une action, on doit admettre qu'elle a entendu désigner le tribunal du domicile du défendeur, d'après le principe général suivant lequel toute action personnelle doit être portée devant ce tribunal.

Mais dans le cas où le ministère public poursuit d'office l'interdiction d'un furieux, conformément à l'art. 491, Cod. civ., nous pensons que cette règle de compétence peut cesser de recevoir son application, attendu qu'il s'agit d'une mesure de police, et qu'il est de principe que le tribunal du lieu où un délit a été commis est compétent pour le juger.

[[Ce dernier argument est loin de nous paraître péremptoire; car la poursuite en interdiction, loin d'impliquer l'existence d'un délit, suppose au contraire qu'il n'a pas été commis. Il semble dès lors que c'est devant le tribunal de première instance du domicile du défendeur que l'action doit être intentée, si la doctrine de M. Carré est exacte sur ce point; mais on peut dire que les faits qui, dans notre hypothèse, nécessitent l'intervention du ministère public, sont nécessairement trop urgents pour qu'il y ait lieu à un renvoi, que l'état d'insanité du défendeur peut rendre d'ailleurs difficile ou même impossible. La compétence du tribunal de la résidence semble donc, dans ce cas, incontestable. C'est ce qu'a reconnu la Cour de cassation, le 24 déc. 1838 (*J. Av.*, t. 56, p. 121; DEVILL., 1839.1.49).

Il est une autre hypothèse dans laquelle la juridiction du tribunal du domicile ne peut être saisie; c'est celle où, dans une affaire criminelle, la question d'insanité, ou pour mieux dire de discernement, est soumise au jury; il est certain qu'il n'y a pas lieu, dans ce cas, à renvoyer au préalable devant le tribunal civil pour statuer sur l'interdiction, car, évidemment, le fait de discernement rentre dans l'appréciation de la criminalité qui se rattache à la compétence de la Cour d'assises; c'est ce que décident avec raison M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 593, et un arrêt de Cassation du 9 sept. 1814 (*J. Av.*, t. 14, p. 681). Mais, comme l'a non moins justement reconnu la Cour de Bastia, le 2 mai 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 139), le verdict du jury, en quelque sens qu'il soit rendu, ne constitue pas la chose jugée qui oblige le tribunal à interdire l'inculpé.

Quant à la compétence du tribunal du domicile, considérée en elle-même, nous la croyons incontestable, en thèse générale, d'après les principes exposés par M. Carré, et tel est également l'avis de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 93, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 506.]]

[[**3013** bis. *Le demandeur en interdiction est-il tenu, à peine de nullité, de joindre à la requête, des pièces justificatives?*

La question peut se présenter sous deux faces : la partie manque de pièces justificatives; elle en a, mais ne les annexe pas à sa demande.

Dans l'un et l'autre cas, nous croyons que la solution doit être la même; la conviction des magistrats se fonde principalement sur l'interrogatoire du prévenu, seule mesure, avec l'avis du conseil de famille, qui soit impérativement exigée. L'enquête est facultative, comme il est dit sur la *Quest.* 3024; la remise des pièces est également facultative : c'est un moyen de plus pour le demandeur de prouver l'état de démence de celui dont il réclame l'interdiction; de ce qu'il en aura négligé l'emploi, il ne peut résulter contre son action aucune fin de non-recevoir. *Voy.* en ce sens un arrêt de Rennes, 6 janv. 1814 (*J. Av.*, t. 14, p. 679), approuvé par M. DALLOZ, t. 9, p. 536.

Une difficulté plus sérieuse consiste à savoir si, dans le cours de l'instance, le demandeur serait admis à faire valoir les pièces justificatives qu'il aurait négligé de produire, lors de la requête : cette déchéance paraît au premier abord résulter des termes de l'art. 890; cependant, comme, en définitive, ces pièces ne sont autre chose que des écrits tendant à démontrer l'insanité du défendeur, nous ne voyons pas pourquoi l'autre partie ne pourrait pas s'en servir dans ses mémoires ou plaidoiries, sauf aux juges à y avoir tel égard que de droit. L'art. 890, pas plus que l'art. 493, Cod. civ., n'est impératif; il indique la marche la plus rationnelle et la plus sûre; mais il n'est pas défendu au demandeur de s'en écarter à ses risques et périls.]]

[[**3013** ter. *L'instance en interdiction peut-elle être poursuivie contre les héritiers ou ayans cause du défendeur, si ce dernier vient à décéder?*

On comprend facilement quel est l'intérêt de la question. La partie qui demande qu'un individu soit interdit, pour arriver par ce moyen à l'annulation d'actes par lui consentis, se trouverait, si la mort du défendeur interrompait l'instance, dans la nécessité de commencer un procès nouveau et différent, l'action en nullité d'un acte, où la preuve devient plus difficile et où l'effet du jugement est restreint au cas sur lequel il statue; tandis que l'interdiction prononcée aurait pour résultat d'anéantir de plein droit toutes conventions postérieures à l'époque où la démence aurait été constatée. On pourrait dire alors que l'instance, régulièrement engagée, peut être poursuivie contre les héritiers du défunt, lesquels représentent la personne de leur auteur, sauf aux juges à statuer sur les éléments acquis au procès : nonobstant ces raisons, la Cour d'Aix, 11 juill. 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 268), a repoussé les prétentions du demandeur et déclaré l'instance éteinte, dans une espèce, à la vérité, où il n'avait pas encore été procédé à l'interrogatoire de la partie. Nous croyons que, même après l'interrogatoire, cette décision devrait encore être admise. Il suffit de remarquer que, le jugement étant attaqué par la voie de l'appel, tout est remis en question, et qu'aux termes de l'art. 500, Cod. civ., les magistrats de la Cour royale ont le droit, pour éclairer leur conviction, de procéder à un nouvel interrogatoire du défendeur; mais lors même que celui-ci ne viendrait à mourir qu'après l'accomplissement de cette dernière formalité, il nous paraît que l'instance en interdiction, qui est exclusivement dirigée contre sa personne, tombe à l'instant de plein droit, et ne pourrait être poursuivie contre les héritiers, qui représentent leur auteur, en ce qui tient à son existence fictive, mais non réelle. Jusqu'au dernier moment du débat, la conviction des juges, l'état du défendeur peuvent changer; sa mort laisse en quelque sorte tout en question; si donc on veut faire tomber un acte, pour cause de démence, c'est par la demande en nullité qu'il faut l'attaquer, cette voie étant ouverte par l'art. 504, Cod. civ., dans le cas où l'interdiction de l'individu a été provoquée de son vivant.]]

ART. 891. Le président du tribunal ordonnera la communication de la requête au ministère public, et commettra un juge pour faire rapport à jour indiqué (1).

Cod. civ., art. 515.

---

(1) [Le ministère public met ses conclusions au bas de l'ordonnance de soit communiqué, et le juge fait son rapport en la chambre du conseil. *Voy.* notre *Comm. du Tarif*, t. 2, p. 375, nº 2.]

ART. 892. Sur le rapport du juge et les conclusions du procureur du roi, le tribunal ordonne que le conseil de famille, formé selon le mode déterminé par le Code civil, sect. 4 du chap. 2, au titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation*, donnera son avis sur l'état de la personne dont l'interdiction est demandée.

Tarif, 92. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 377, nos 7 à 10.] — Cod. civ., art. 494 et 495. — [Notre Dict. gén. de proc., vis *Interdiction*, nos 19, 30, 35, 49, 52 et 58, et *Conseil de famille*, no 118. — Arm. Dalloz, vo *Interdiction*, nos 50 à 59. — Devilleneuve, *cod. verb.*, nos 21 à 27. — Locré, t. 23, p. 136, no 35.

QUESTIONS TRAITÉES : Si les faits articulés dans la requête ne paraissent pas de nature à caractériser la démence, le tribunal n'en devrait-il pas moins ordonner l'assemblée de famille ? *Q.* 3014. — Un parent peut-il se faire remplacer par un mandataire au conseil de famille tenu pour donner avis sur la demande en interdiction ? *Q.* 3015. — Si le conseil était d'avis de rejeter la demande, celui qui poursuit l'interdiction pourrait il se pourvoir contre la délibération? *Q.* 3016. — L'annulation de l'avis de parents a-t-elle pour effet de vicier toute la procédure ? *Q.* 3016 *bis* (1).]

3014. *Si les faits articulés dans la requête ne paraissent pas de nature à caractériser la démence, le tribunal n'en devrait-il pas moins ordonner l'assemblée de famille?*

Nous croyons qu'en cette circonstance la demande devait être rejetée sans plus ample instruction, et sans consulter la famille : *frustrà probatur quod probatum non relevat.*

[[Il suffit de remarquer ici que le jugement est rendu après rapport et sur les conclusions du ministère public, ce qui suppose par conséquent un examen réfléchi, et que le tribunal a dès lors le droit incontestable de rejeter la demande, si les faits sur lesquels elle repose ne lui paraissent ni pertinents, ni concluants : c'est pour éviter ce résultat qu'il faut, en demandant aux juges l'interdiction d'un individu, leur présenter toutes les pièces justificatives, leur indiquer les témoins, bien que ces formalités ne soient pas prescrites à peine de nullité de l'instance, comme nous l'avons dit sous le no 3013 *bis*. La décision de M. Carré est donc bien fondée; elle a été admise par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 93 ; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 506, et consacrée par un arrêt de Cassation du 6 janv. 1829 (*J. P.*, 3e édit., t. 22, p. 538). A la vérité, la Cour d'Orléans, le 26 fév. 1819 (*J. Av.*, t. 14, p. 685 ; DEVILL., *Coll. nouv.*, 6.2.31), a jugé qu'en matière d'interdiction, les magistrats ne peuvent rejeter la demande avant d'avoir fait subir un interrogatoire au défendeur. Mais cette décision, erronée en principe, se justifie lorsque, comme dans l'espèce, la preuve des faits a été ordonnée, et que néanmoins, sur un simple avis du conseil de famille, le tribunal refuse d'aller plus loin. Lorsque les faits exposés sont pertinents et admis pour tels, il ne dépend pas du juge de repousser les moyens d'instruction prescrits par la loi, et l'interrogatoire est de ce nombre.]]

[[**3014** bis. *Peut-on, sous prétexte que les faits ne sont pas pertinents, se pourvoir par opposition ou par appel contre le jugement qui ordonne l'assemblée de famille ou l'interrogatoire?*

Cette question peut se résoudre par les motifs énoncés sous la *Quest.* 1241, au titre *de l'Interrogatoire sur faits et articles.* (Art. 325.)]]

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

Le président du tribunal saisi d'une demande en interdiction est compétent pour recevoir l'avis du conseil de famille sur l'état de la personne à interdire; Paris, 15 mai 1813 (*J. Av.*, t. 8, p. 389)]

3015. *Un parent peut-il se faire remplacer par un mandataire au conseil de famille tenu pour donner avis sur la demande en interdiction?*

Si, dans l'ancienne jurisprudence, les parents convoqués pouvaient en général se faire remplacer par un fondé de pouvoir, on exceptait toutefois le cas où il s'agissait de délibérer sur l'état d'un parent dont l'interdiction était poursuivie.

Mais M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 593, remarque avec raison que cette distinction n'existe plus aujourd'hui, parce que l'art. 412, Cod. civ., qui permet de se faire remplacer, est applicable à tous les cas, pourvu que le mandant donne son avis dans la procuration.

[[Nous ne connaissons aucun monument de la jurisprudence sur ce point, soit que le cas ne se soit jamais présenté, soit, comme il est plus probable, que la difficulté n'ait pas été jugée digne d'être portée devant les tribunaux.

Il est vrai que l'art. 412, au titre *de la Minorité* et *de la Tutelle*, permet aux parents convoqués au conseil de famille, de se faire représenter par un fondé de pouvoir spécial; mais la même règle existait dans l'ancienne jurisprudence, et les motifs si graves qui la faisaient fléchir, dans le cas où il s'agit d'enlever à un majeur sa capacité et jusqu'à sa liberté, ne peuvent-ils pas, encore aujourd'hui, être invoqués dans le même sens?

M. Demiau-Crouzilhac lui-même semble admettre, dans l'hypothèse qui nous occupe, une dérogation à la règle générale, puisqu'il exige que, dans la procuration, le mandant donne son avis (1); mais cet avis, fondé peut-être sur des faits anciens ou mal compris, présente-t-il ces garanties, dont une discussion générale, des entretiens nouveaux avec le prétendu insensé, des éclaircissements plus abondants, entourent la délibération solennelle du conseil de famille? Et si plusieurs parents ou amis se faisaient représenter de cette manière, nous le demandons, quelle serait la valeur d'un tel mode de procéder.

Il faut toutefois convenir qu'en renvoyant, en termes généraux, aux formes prescrites au titre de la Minorité et de la Tutelle, les art. 494, Cod. civ. et 892, Cod. proc. civ., ne contiennent nulle dérogation, en ce qui concerne la faculté de se faire remplacer par un fondé de pouvoir; et que si l'on veut tirer de ce fait la conséquence la plus naturelle, l'inconvénient que nous venons de signaler s'affaiblit beaucoup, lorsque l'on considère que la délibération du conseil de famille n'est pas une décision, et qu'elle ne lie en aucune manière les juges civils, lesquels ont à leur portée des moyens d'instruction plus efficaces et plus directs.]]

3016. *Si le conseil était d'avis de rejeter la demande, celui qui poursuit l'interdiction pourrait-il se pourvoir contre la délibération?*

L'avis du conseil n'est pas un jugement (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 246); ainsi, nous pensons que celui qui poursuit l'interdiction peut reprendre ses poursuites, et faire valoir contre la délibération ses moyens, auxquels le tribunal a tel égard que de raison. (*Voy.* art. 883.)

[[De ce que l'avis du conseil de famille n'est pas un jugement, la Cour de

---

(1) [Il n'en est pas ainsi en matière ordinaire : *Voy.* Metz, 14 brum. 13 (*J. Av.*, t. 8, p. 334).]

Paris, 28 fév. 1814 (*J. Av.*, t. 14, p. 680), a également conclu avec non moins de raison que les parents et amis appelés pouvaient se borner à émettre leur opinion sur l'état de celui dont l'interdiction est provoquée, sans déclarer qu'il y a lieu ou qu'il n'y a pas lieu à l'interdire. Cet arrêt est approuvé de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 595.]]

[[**3016** bis. *L'annulation de l'avis de parents a-t-elle pour effet de vicier toute la procédure?*

La négative a été adoptée par les Cours de Montpellier, 18 mess. an XIII; Pau, 1er therm. de la même année (*J. Av.*, t. 14, p. 660; DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.2.71), Caen, 28 janv. 1827 (*J.P.*, 3e éd., t. 21, p. 554); nous croyons cette décision bien fondée. Il n'existe aucune solidarité de fait ni de droit entre cet acte et l'interrogatoire ou l'enquête, qui ont pour objet d'établir la conviction du tribunal d'après d'autres éléments: la nullité de la délibération du conseil de famille ne peut donc rejaillir sur le reste de la procédure. Toutefois comme cet acte est l'un de ceux qui sont prescrits dans l'instance en interdiction, les juges, lorsque la nullité est prononcée, sont tenus, ce nous semble, d'ordonner un nouvel avis de parents, quoique l'arrêt précité de Caen semble considérer cette injonction comme facultative.]]

ART. 893. La requête et l'avis du conseil de famille seront signifiés au défendeur avant qu'il soit procédé à son interrogatoire.

Si l'interrogatoire et les pièces produites sont insuffisants, et si les faits peuvent être justifiés par témoins, le tribunal ordonnera, s'il y a lieu, l'enquête, qui se fera en la forme ordinaire.

Il pourra ordonner, si les circonstances l'exigent, que l'enquête sera faite hors de la présence du défendeur; mais, dans ce cas, son conseil pourra le représenter.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 379, n°s 11 à 26.] — Cod. civ., art. 496. — Cod. proc. civ., art. 252, 890, 892. — [Notre Dict. gén. de proc., v^o *Interdiction*, n°s 2, 26 à 28, 34 à 54, 60 et 61. — Arm. Dalloz, *eod. verb.* n°s 60 à 67.— Devilleneuve, *eod. verb.*, n°s 29 à 31 *bis*.—Locré, t. 23, p 136, n° 36, et p. 158, n° 22.

QUESTIONS TRAITÉES: La requête et l'avis du conseil de famille ne sont-ils signifiés au défendeur que dans le cas où le conseil estime qu'il y a lieu à poursuivre l'interdiction? *Q.* 3017. — La signification de la requête en interdiction et de l'avis du conseil de famille au défendeur, avant son interrogatoire, est-elle prescrite à peine de nullité? *Q.* 3017 *bis*. — Que faut-il pour que le tribunal procède à l'interrogatoire? *Q.* 3018. — Quel délai doit s'écouler, relativement à la signification tant de la requête que de l'avis du conseil, avant que l'on puisse procéder à l'interrogatoire? *Q.* 3019. — Si tel est l'état de stupidité ou de fureur du demandeur, qu'il ne puisse donner aucune réponse, ou qu'on ne puisse en approcher, peut-on se dispenser de l'interrogatoire? *Q.* 3020. — Peut-on procéder à plusieurs interrogatoires? *Q.* 3021.— Le ministère public doit-il assister à l'interrogatoire? *Q.* 3022.— Si la partie qui poursuit l'interdiction, ou son avoué, avait assisté à l'interrogatoire, y aurait-il nullité, par analogie des dispositions de l'art. 333? *Q.* 3023. — L'enquête est-elle comme l'interrogatoire, une formalité nécessaire? *Q.* 3024. — Le tribunal pourrait-il ordonner l'enquête si le demandeur n'avait pas articulé des faits ou indiqué des témoins? *Q.* 3024 *bis*. — Les témoins doivent-ils être entendus en présence du ministère public? *Q.* 3025. — Le défendeur doit-il nécessairement être appelé à l'enquête? *Q.* 3025 *bis*. — Les créanciers de celui dont l'interdiction est demandée doivent-ils être appelés à l'enquête? *Q.* 3025 *ter*. — Doit-on signifier au défendeur les procès-verbaux d'enquête et d'interrogatoire, et l'appeler à l'audience publique où le jugement doit être prononcé? *Q.* 3026.— Si, dans le cours de l'instance, les procédures se trouvent interrompues par le fait du demandeur, soit parce qu'il ne présente pas requête à fin de procéder à l'interrogatoire, soit qu'après cet interrogatoire il n'assigne pas le défendeur, que doit faire ce dernier pour ne pas rester plus longtemps sous le coup de la demande en interdiction? *Q.* 3026 *bis*.— Le jugement doit-il être rendu en audience solennelle? *Q.* 3027. — Le jugement n'a-t-il à prononcer que l'interdiction ou le rejet pur et simple de la demande? *Q.* 3028. — Lorsque le tribunal rejette la de-

mande en interdiction sans soumettre le défendeur à un conseil judiciaire, celui-ci obtiendra-t-il nécessairement des dommages-intérêts contre le demandeur? *Q.* 3029. — Si le défendeur ne se présente pas à l'audience, peut-il se pouvoir par opposition contre le jugement qui intervient? *Q.* 3030. — Par qui sont supportés les frais de la demande en interdiction? *Q.* 3030 *bis* (1).]

DLVII. Le Code civil (art. 496) statue *qu'après avoir reçu l'avis du conseil de famille, le tribunal interrogera le défendeur.* Etait-il par là prescrit d'interroger de suite, sans aucun acte intermédiaire, et notamment sans que l'avis du conseil de famille eut été signifié au défendeur?

Non, sans doute; mais comme cette signification n'était pas textuellement ordonnée par le premier Code, il était nécessaire, pour remplir son vœu, de l'exprimer dans le Code de procédure, et, comme l'a fait l'article ci-dessus, d'en imposer l'obligation, réclamée d'ailleurs par le droit naturel de la défense: droit toujours respectable et sacré, surtout quand il s'agit de l'état des personnes.

3017. *La requête et l'avis du conseil de famille ne sont-ils signifiés au défendeur que dans le cas où le conseil estime qu'il y a lieu à poursuivre l'interdiction?*

Il est certain, d'après l'art. 893, que la requête ne doit être signifiée au défendeur qu'après que le conseil de famille a donné son avis: jusque-là, en effet, il est inutile de lui faire connaître la demande.

Mais, d'après cela, M. Delvincourt pense que la signification ne doit avoir lieu qu'autant que le conseil est d'avis de l'interdiction. Nous croyons, au contraire, d'après la solution donnée sur la *Quest.* 3016, que la signification de la requête et de l'avis du conseil doit avoir lieu même dans le cas où le conseil aurait voté contre l'interdiction, parce qu'il est juste que le défendeur puisse faire valoir ses moyens à l'appui de la délibération, lorsque le poursuivant persiste dans sa demande en interdiction, nonobstant l'avis contraire de l'assemblée de famille. Cette discussion forme, dans la cause, un incident qui doit être vidé avant que l'on puisse procéder à l'interrogatoire.

[[Nous pensons, avec M. Carré, que la requête et l'avis du conseil de famille, favorables ou non à la demande en interdiction, doivent être signifiés au défendeur. Tel est aussi le sentiment de M. DALLOZ, t. 3, p. 537. Sans doute si la partie qui provoque l'interdiction se désiste des poursuites à raison de cet avis, toute signification devient parfaitement inutile; mais s'il les continue, il est évident que le motif de la loi subsiste toujours.

Mais est-il vrai, comme le dit ensuite M. Carré, que la discussion de l'avis du conseil de famille forme un incident qui doit être vidé avant l'interrogatoire? Nous ne comprenons pas bien cette précision; lorsque le poursuivant persiste, le tribunal n'a pas à statuer sur la validité de sa demande, il doit immédiatement, et sur la requête qui lui est présentée, comme il est dit sous la *Quest.* 3018, ordonner l'interrogatoire du défendeur; c'est là une mesure qui ne préjuge rien (2), un simple jugement d'instruction, nécessaire pour asseoir la conviction

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que:

Il n'est pas nécessaire à la validité de la déclaration du conseil de famille, appelé à donner son avis sur une demande en interdiction, que le défendeur soit appelé à y comparaître. Aix, 19 mars 1835 (*J. Av.*, t. 48, p. 367; DEVILLENEUVE, 1835.2.478.]

(2) [C'est au surplus ce qui a été jugé, pour la décision qui ordonne une enquête, par la Cour d'Aix, 19 mars 1835 (*J. Av.*, t. 48, p. 367; DEVILL., 1835.2.478). *Voy.* aussi arrêt de Bourges, 28 mai 1828 (*J. Av.*, t. 37, p. 253).]

personnelle du juge, que ne peut entièrement satisfaire, malgré son importance incontestable, la délibération du conseil de famille. Il existe, il est vrai, un arrêt de Caen, 9 juill. 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 135), qui considère une telle décision comme un interlocutoire. Nous persistons néanmoins dans l'approbation que nous avons donnée, sous la *Quest.* 3014, à un arrêt de la Cour d'Orléans d'où résulte une doctrine opposée. Faire un incident sur l'avis du conseil de famille, ce serait commencer une procédure qui ne peut aboutir à aucun résultat; ce serait perdre sans fruit du temps et occasionner des frais inutiles; car il suffit que le demandeur allègue que la délibération du conseil de famille, favorable à l'individu poursuivi a été dictée par des motifs personnels, pour qu'en présence de faits graves et pertinents, le tribunal ne puisse se dispenser d'ordonner l'interrogatoire.]]

[[**3017** bis. *La signification de la requête en interdiction et de l'avis du conseil de famille au défendeur avant son interrogatoire est-elle prescrite à peine de nullité?*

La Cour de Besançon, le 26 fév. 1810 (*J. Av.*, t. 14, p. 672), a décidé que cette peine, n'étant pas prononcée par l'art. 893, ne peut être appliquée par le juge. Il faut toutefois remarquer que, dans l'espèce, il avait été fait à la personne dont l'interdiction était provoquée signification de la requête avec mention de l'avis de parents, et que, d'autre part, ce n'était pas elle qui demandait la nullité de l'interrogatoire, et les circonstances justifient, ce nous semble, l'arrêt, quoiqu'il soit mal fondé en principe. En effet, les motifs d'après lesquels la loi exige la notification de la requête et de l'avis de parents sont d'une telle importance : ils tiennent si étroitement aux règles de la libre défense, comme le dit M. Carré, dans le commentaire de l'article, qu'il est impossible de croire qu'une telle formalité soit impunément négligée. Mais la seule conséquence à tirer de là c'est que le défendeur est en droit de se refuser à répondre à une prétention dont il n'a pas été instruit, et que l'interrogatoire doit être renvoyé, jusqu'à ce qu'il ait pu connaître par la signification prescrite les faits de démence qui lui sont imputés; si nonobstant cet oubli, il consent à se laisser interroger, la nullité se trouve couverte ; si, même notification lui a été faite, non pas précisément de la requête et de l'avis du conseil de famille, mais d'un acte qui en reproduit fidèlement la substance, le but de la loi nous semble encore rempli et nous ne pensons pas qu'il y ait lieu d'user de rigueurs qui ne sont pas dans son intention. Toutefois il est beaucoup plus prudent de signifier les actes eux-mêmes; car, une analyse ou un équivalent, pour peu qu'ils soient incomplets, entraîneraient souvent des retards et des frais inutiles.]]

3018. *Que faut-il pour que le tribunal procède à l'interrogatoire?*

Il faut que le président ait fixé jour et heure sur une requête qui lui est présentée à cet effet.

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 308, enseigne que l'usage, dans certains tribunaux, est, pour arriver à l'interrogatoire, de rendre jugement sur le rapport d'un juge et les conclusions du ministère public, après requête et ordonnance préliminaires. Cette marche longue et dispendieuse nous semble tout à fait inutile. Nous ne croyons pas cependant, avec M. Carré, dont l'avis semble partagé par un arrêt de Rennes, 6 janv. 1814 (*J. Av.*, t. 14, p. 679), qu'il suffise d'une ordonnance du président; il faut, pour que l'interrogatoire ait lieu, un jugement rendu sur requête du demandeur en interdiction, requête à laquelle sera annexée la délibération du conseil de famille. Les conclusions du ministère public, la signification même du jugement à partie ne sont point re-

quises en ce cas, comme dans celui où le tribunal statue sur la demande originaire en interdiction : *Voy.* Bourges, 28 mai 1828 (*J. Av.*, t. 37, p. 253). La raison en est simple : En ordonnant la convocation du conseil de famille, les juges reconnaissent implicitement la pertinence, l'importance des faits allégués. Ils s'engagent, en quelque sorte, si la preuve est faite, à prononcer l'interdiction. Ils rendent donc un jugement interlocutoire ; mais il n'en est pas ainsi, lorsqu'ils ordonnent que le défendeur à l'interdiction sera interrogé : cette seconde mesure est la conséquence nécessaire de leur première décision ; c'est un simple acte d'instruction qui n'infère aucun nouveau grief aux parties. Ces principes ont déjà été exposés sous les *Quest.* 3014 et 3017 ; leur saine application dissipe quelques difficultés qui se sont élevées sur la marche de la procédure en interdiction, à partir de l'avis de parents jusqu'à l'interrogatoire.]]

3019. *Quel délai doit s'écouler relativement à la signification, tant de la requête que de l'avis du conseil, avant que l'on puisse procéder à l'interrogatoire ?*

Dans le silence de la loi, nous croyons, avec M. LEPAGE, dans ses *Questions*, p. 588, et les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 172, qu'il faut accorder au moins le délai de vingt-quatre heures prescrit par l'art. 329, relativement aux interrogatoires sur faits et articles. Nous adoptons cette décision, moins par application de l'art. 329, que par le motif qu'on ne peut exiger une obligation sans délai.

[[C'est aussi l'avis de M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 508, et nous ne croyons pas qu'il puisse s'élever des difficultés sérieuses sur ce point.]]

3020. *Si tel est l'état de stupidité ou de fureur du défendeur qu'il ne puisse donner aucune réponse, ou qu'on ne puisse en approcher, peut-on se dispenser de l'interrogatoire ?*

Ces circonstances ne seraient pas suffisantes pour dispenser le juge de faire venir le défendeur à la Chambre du conseil, ou de se présenter ailleurs pour l'interroger, sauf à constater par procès-verbal l'impossibilité de procéder. (*Voy.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 594.)

[[Rien n'est plus exact que cette décision. Il faut du reste considérer toujours la cause qui rend l'interrogatoire impossible ; si c'est un état de démence ou de fureur bien arrêté, rien n empêche de prononcer l'interdiction. On peut dire que, dans ce cas, il a été satisfait autant que possible au vœu de la loi, qui n'a pas entendu exiger un interrogatoire parfaitement régulier, que l'état du défendeur, s'il est réellement en démence, rend impossible, mais une preuve de cette démence, que les juges sont obligés d'accepter. Si la partie ne répond pas, parce qu'elle se voit dans un état de malaise temporaire qui n'implique pas l'insanité absolue, il n'y a pas lieu de procéder de la même manière ; il est plus convenable de renvoyer à un autre interrogatoire, suivant la faculté réservée au juge par la loi (*voy.* quest. suiv.). Enfin, si le défendeur refuse de répondre ou même cherche à s'échapper, ce n'est pas là non plus un motif suffisant d'interdiction, suivant la remarque de M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 509 ; car cette répugnance peut s'expliquer soit par la honte ou le chagrin de subir une épreuve humiliante, soit par la crainte d'y succomber, soit enfin par une monomanie qui n'implique pas l'incapacité de gérer ses affaires. On voit combien est délicate l'interprétation d'un fait, en apparence si décisif ; mais on ne saurait prendre trop de précautions dans une matière où l'erreur du juge entraînerait un cruel abus de pouvoir, et l'on sait, par la discussion de la loi sur les aliénés, combien d'hommes sains d'esprit se sont trouvés, par suite de cette

erreur, condamnés à voir s'éteindre leur vie et leur raison parmi les insensés, au milieu desquels les avait jetés une décision judiciaire.]]

3021. *Peut-on procéder à plusieurs interrogatoires?*

Oui. (*Argument* de l'art. 497, Cod. civ., qui dit : *après le premier interrogatoire.*

[[MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 93, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p.509, font également ressortir cette induction qui est manifeste. Outre les motifs que nous avons fait valoir sur la question précédente, pour justifier la convenance de cette faculté accordée au juge, on peut dire que, si l'état de folie semble d'ailleurs avéré sans qu'il en existe de trace dans son interrogatoire, il y a lieu de s'assurer plus tard, de nouveau, si tel est l'état habituel du défendeur à l'interdiction, ou s'il faut attribuer l'esprit de suite et le bon sens de ses réponses à ce qu'il se trouvait passagèrement dans un intervalle lucide.

L'honorable président du tribunal civil de la Seine, M. Debelleyme, a bien voulu nous faire part des nombreuses difficultés que sa longue expérience lui a révélées dans les interrogatoires des défendeurs aux actions en interdiction; il nous a dit notamment que, dans une espèce où, pendant une heure entière, la personne interrogée avait répondu avec la plus heureuse précision aux questions les plus délicates, et s'était même fait distinguer par un esprit très éclairé, tout à coup, sur une dernière interpellation, relative à un couteau que cette personne portait habituellement, la raison disparut et la preuve de la folie ne devint que trop certaine.]]

3022. *Le ministère public doit-il assister à l'interrogatoire?*

Oui, dans tous les cas, dit l'art. 496, Cod. civ.; c'est-à-dire soit que l'interrogatoire soit fait par le tribunal entier, et dans la Chambre du conseil, soit qu'il ait lieu par un juge commis, et dans la demeure de l'interrogé ou ailleurs, suivant les circonstances, par exemple, dans un hospice où il serait retenu.

[[L'art. 496, Cod. civ., est formel sur ce point; mais lorsque le défendeur en interdiction ne s'est pas présenté pour subir son interrogatoire, il n'est pas besoin, avant de le déclarer défaillant, d'entendre le ministère public en ses conclusions, puisqu'il ne s'agit que de constater un fait; c'est ce qu'a jugé la Cour de Rennes, le 8 juill. 1833 (*Journ.* de cette Cour, t. 1, p. 371).]]

3023. *Si la partie qui poursuit l'interdiction, ou son avoué, avait assisté à l'interrogatoire, y aurait-il nullité, par analogie des dispositions de l'article* 333?

Nous ne le pensons pas, attendu que l'on ne peut appliquer à un ordre de choses des dispositions concernant des choses d'un ordre différent : d'où il suit que l'on ne peut raisonner par analogie de l'art. 333, Cod. proc. civ., qui défend à celui qui a requis un interrogatoire sur faits et articles d'assister à sa prestation.

Le principe duquel nous déduisons cette conséquence, est consacré par une foule d'arrêts de la Cour de cassation. (*Voy.* notre *Introduction* à l'étude de la procédure, en tête du premier volume.)

D'un autre côté, il est à remarquer que le Code de procédure civile ne renferme aucune disposition concernant les formalités de l'interrogatoire en cas d'interdiction, et que s'il dispose, art. 893, que si, en cas d'insuffisance de l'interrogatoire et des pièces produites, les faits peuvent être prouvés par témoins, le tribunal, si les circonstances l'exigent, pourra ordonner que l'enquête

soit faite hors de la présence du défendeur, on peut en conclure qu'il eût défendu, s'il l'avait cru nécessaire, la présence du demandeur, tant à l'interrogatoire qu'à l'enquête. Loin de là, il suppose nécessairement la présence du demandeur à l'enquête. Or, quel motif raisonnable de soutenir qu'il eût voulu la défendre par rapport à l'interrogatoire? Eût-il manqué, si telle avait été sa volonté, de renvoyer à suivre les formalités prescrites par l'art. 333, comme il renvoyait au titre des enquêtes ordinaires?

Il ne faut donc point argumenter ici des dispositions du Code de procédure. C'est le Code civil seul qu'il faut consulter.

Or, l'art. 496 porte que le tribunal interrogera le défendeur à la Chambre du conseil, et, s'il ne peut s'y présenter, qu'il sera interrogé par un juge commis.

Il ajoute que, dans tous les cas, le procureur du roi pourra y assister.

On voit qu'il n'existe aucune disposition qui interdise la présence du demandeur ou de son avoué; et, en serait-il autrement, il faudrait que la loi eût prononcé la nullité.

Peut-être objectera-t-on que, si le législateur avait entendu autoriser cette présence, il l'eût mentionné de même qu'il l'a fait à l'égard du procureur du roi?

On répond que, le procureur du roi ne pouvant, que dans les seuls cas déterminés par la loi, avoir l'entrée de la Chambre du conseil et assister aux actes d'instruction, il a bien fallu s'expliquer à son sujet : ce qui n'était pas nécessaire par rapport au demandeur, qui, de droit, peut assister à tous les actes d'instruction, lesquels sont essentiellement contradictoires avec lui, à moins que la loi ne contînt une disposition contraire.

Au surplus, l'interrogatoire sur faits et articles est d'une nature toute différente de celui qui a lieu sur des poursuites en interdiction.

Ici donc revient le principe ci-dessus posé, que l'application des lois doit se faire à l'ordre des choses sur lesquelles elles statuent, et que les objets qui sont d'ordre différent ne peuvent être décidés que par les lois de leur ordre.

On peut ajouter le principe non moins certain qui défend de suppléer les nullités que la loi n'a pas prononcées, et de raisonner à leur égard par induction ou analogie, etc. (Voy. *Introduction*, déjà citée), et tirer argument contre la nullité de ce que M. Pigeau, dans la formule qu'il donne, t. 2, p. 418, d'un procès-verbal d'interrogatoire en interdiction, *fait comparaître l'avoué du demandeur*, et ne suppose en aucune manière que la présence du demandeur lui-même soit défendue.

[[Il semble que c'est une conséquence toute contraire qu'il faudrait tirer de cette formule, si l'on en pouvait conclure quelque chose; car l'avoué qui comparaît ne fait que requérir qu'il soit procédé à l'interrogatoire, puis il se retire après avoir signé et déposé la requête et les pièces à l'appui. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, *loc. cit.*) Le Tarif, art. 92, permet bien à l'avoué d'assister à la délibération du conseil de famille, mais aucun paragraphe n'accorde le droit d'assistance pour l'interrogatoire; ces mots, *et avant l'interrogation*, de cet art. 92, sembleraient même indiquer une exclusion. *Voy.* BERRIAT SAINT-PRIX, p. 682, not. 3.

En ce qui concerne la partie elle-même, l'argumentation de M. Carré paraît concluante, bien qu'il semble, il est vrai, peu convenable de mettre les parties en présence dans une contestation de cette nature; mais les magistrats investis d'un pouvoir discrétionnaire sur ce point, n'autoriseront cette sorte de confrontation que dans l'espoir d'en faire jaillir de nouvelles lumières, dues à la présence du demandeur. **]]**

3024. *L'enquête est-elle, comme l'interrogatoire, une formalité nécessaire?*

Non; le tribunal ne l'ordonne que lorsque l'interrogatoire et les pièces pro-

duites lui paraissent insuffisants, c'est-à-dire s'il est besoin de s'instruire encore plus, et s'il est possible d'y parvenir par une enquête. (Voy. *Discours du tribun Mouricaut*, p. 321, édit. de F. Didot, et LOCRÉ, t. 6, p. 454.)

[[Cela résulte des termes mêmes de l'art. 893.]]

[[**3024** bis. *Le tribunal pourrait-il ordonner l'enquête, si le demandeur n'avait pas articulé des faits ou indiqué des témoins?*

Cette question, qui semble n'être pas sans importance, n'a été, du moins à notre connaissance, discutée par aucun auteur, et c'est à peine si nous trouvons dans la jurisprudence des principes qui fournissent quelques éléments de décision.

En faveur de la négative, on peut dire que, si la production de faits et l'indication de témoins ne sont pas requises à peine de nullité dans la requête introductive d'instance, comme cela paraît universellement admis (*voy.* notre *Quest.* 3013 *bis*), tout au moins faut-il considérer le demandeur comme déchu de cette faculté, lorsqu'il n'en a point usé dans la forme déterminée par l'article 890. A plus forte raison, le tribunal ne peut-il se servir de ce droit périmé, et en faire un usage auquel celui qui provoque l'interdiction a renoncé lui-même.

Ces arguments, qui auraient quelque poids en toute autre matière, nous paraissent ici sans valeur. Lorsqu'il s'agit de démontrer l'insanité ou l'imbécillité d'un individu, les questions de temps et de forme ont bien moins d'importance; nous l'avons déjà dit sur la *Quest.* 3013 *bis*, que nous rappelions tout à l'heure. L'art. 890 est un conseil de prudence et non une règle impérieuse. Le demandeur en interdiction peut ne pas connaître certains faits, en apprécier mal la portée, en juger l'articulation inutile; la conviction du juge est différente : l'avis du conseil de famille, l'interrogatoire même, ne lui fournissent pas des éléments assez certains. Il ordonne une enquête : l'art. 893 suppose, il est vrai, qu'elle porte sur les faits articulés; mais pourquoi ne porterait-elle pas aussi sur des faits plus graves révélés par l'instruction? Rien ne s'y oppose, et l'art. 254, au titre des Enquêtes, contient même une analogie extrêmement puissante. Un arrêt d'Agen, 3 juill. 1827 (*J. Av.*, t. 37, p. 120), paraît admettre l'exactitude de ces principes, à l'égard de nouveaux faits articulés par le demandeur. Nous ne voyons pas pourquoi les juges ne pourraient pas également ordonner une enquête d'office, sauf la notification qui devrait en être faite au défendeur.]]

3025. *Les témoins doivent-ils être entendus en présence du ministère public?*

Non, suivant M. LEPAGE, dans ses *Questions*, p. 589, puisque l'art. 893 s'est borné à dire qu'on suivrait, pour l'enquête, les formes ordinaires. Or, dans aucun des articles du titre des Enquêtes, il n'est prescrit de faire entendre les témoins en présence du ministère public, pas même lorsqu'il s'agit des intérêts de l'Etat, des communes et des mineurs.

Les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 172, sont d'un avis contraire, et c'est celui que nous croyons devoir adopter; du moins ne voyons-nous aucune raison valable pour soutenir qu'il soit défendu au ministère public d'assister à l'audition des témoins comme à l'interrogatoire.

Il est partie nécessaire dans l'instance d'interdiction, et l'art. 262 permet d'entendre les témoins en présence comme en l'absence des parties. Nous croyons même que le procureur du roi pourrait, par l'organe du juge-commissaire, faire faire des interpellations aux témoins, conformément à l'art. 273.

[[Si l'on voulait entendre à la rigueur les arguments dont se sert M. Carré, il en résulterait que le ministère public doit figurer à tous les actes de l'instruc-

tion, et par conséquent à l'enquête : remarquons que cette dernière mesure ne fait point partie de l'instance, qu'elle est purement facultative; c'est pour cela que la loi, qui a eu soin d'exiger (art. 496, Cod. civ.), que le ministère public assistât à l'interrogatoire, n'a rien dit de semblable quand il s'est agi de l'enquête; au contraire, elle a renvoyé aux dispositions de droit commun en pareille matière (art. 893, § 2, *in fine*). Il faut conclure de là que son intention n'a point été d'ordonner impérieusement que le procureur du roi assistât à l'audition des témoins. Nous ne voulons pas dire que sa présence à l'enquête produit une nullité ; nous disons seulement que son absence n'est pas exigée. C'est aussi l'avis de M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 510.]]

[[**3025** bis. *Le défendeur doit-il nécessairement être appelé à l'enquête?*

Il doit en être ainsi, en vertu des principes les plus incontestables de la matière; mais si le tribunal juge que les circonstances ne permettent pas que l'enquête ait lieu en présence du défendeur, son conseil est admis à le représenter, et les assignations ou notifications prescrites par la loi devront lui être faites : *Voy.* notre *Commentaire du Tarif*, t. 2, p. 382, n° 21.]]

[[**3025** ter. *Les créanciers de celui dont l'interdiction est demandée, doivent-ils être appelés à l'enquête?*

Il est évident qu'ils n'ont aucune qualité pour figurer dans l'instance d'interdiction : leur présence ne ferait qu'embarrasser la marche de la procédure, et multiplier inutilement les frais.]]

3026. *Doit-on signifier au défendeur les procès-verbaux d'enquête et d'interrogatoire, et l'appeler à l'audience publique où le jugement doit être prononcé ?*

Oui, sans doute; car le défendeur en interdiction est présumé capable de se défendre jusqu'à ce que cette interdiction soit prononcée : il constituera donc avoué, et pourra plaider ses moyens à l'audience comme toute autre partie.

Aussi l'art. 498, Cod. civ., porte-t-il que le jugement ne peut être rendu que parties entendues ou appelées. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 429 et 430; DEMIAU-CROUZILHAC, p. 429, et TOULLIER, t. 2, p. 533.)

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 597, fait observer qu'il est un cas dans lequel on peut se dispenser d'appeler le défendeur, c'est celui où le tribunal aurait trouvé dans les pièces et dans l'interrogatoire une preuve suffisante de la capacité du défendeur : cette décision suppose que le tribunal appelle lui-même les parties; c'est, il est vrai, la conséquence que l'on peut tirer de quelques termes un peu équivoques de l'art. 498, Cod. civ.; mais nous ne voyons pas pourquoi la procédure ne suivrait pas ici la marche ordinaire, qui est l'assignation à partie, dans le délai de huitaine, pour comparaître et plaider devant le tribunal. Or, l'incertitude même de la décision à intervenir exige que le défendeur soit cité dans tous les cas.]]

[[**3026** bis. *Si, dans le cours de l'instance, les procédures se trouvent interrompues par le fait du demandeur, soit parce qu'il ne présente pas requête afin de procéder à l'interrogatoire, soit qu'après cet interrogatoire il n'assigne pas le défendeur, que doit faire ce dernier pour ne pas rester plus longtemps sous le coup de la demande en interdiction?*

Il peut arriver que, pendant l'instance, le demandeur vienne à se repentir

de l'avoir témérairement intentée : alors l'initiative que la loi lui accorde à toutes les phases de la procédure, comme conséquence de sa position, semble protéger sa retraite, puisqu'il suffit qu'il cesse de l'exercer pour que les poursuites s'arrêtent au même instant; c'est lui, en effet, qui signifie la délibération du conseil de famille ; qui présente la requête afin de procéder à l'interrogatoire; qui, les formalités accomplies, assigne le défendeur devant le tribunal. S'il ne le fait pas, la marche de la procédure se trouve forcément arrêtée ; mais il semble bien difficile d'admettre que tout finisse là : il n'est pas juste qu'une attaque inconsidérée et qui touche de si près à l'honneur des personnes, reste impunie, à la volonté de l'agresseur. D'ailleurs, la partie dont l'interdiction a été provoquée ne voudra pas demeurer sous le coup d'une telle demande : il faut donc qu'elle agisse ; mais de quelle manière ? c'est ce qu'il paraît d'abord assez difficile de déterminer, la loi ne s'expliquant et ne permettant aucune induction sur ce point.

Il nous paraît, quant à nous, nécessaire d'abord de déterminer à quel moment de l'instance se présente cette sorte de désistement du demandeur : les procès en interdiction présentent un caractère particulier : jusqu'à ce que le conseil de famille ait émis son avis, rien n'est censé connu du défendeur, rien ne lui est signifié : l'interrogatoire seul lui fait connaître le coup dont il est menacé, et le met en présence de son agresseur : ainsi, jusqu'à ce moment, nulle action n'a été dirigée contre lui. Si donc le demandeur se désiste implicitement en ne présentant point requête au tribunal de première instance, il ne paraît pas légal de l'assigner devant les mêmes juges, pour voir dire qu'il n'y a pas lieu de prononcer l'interdiction ; car, à vrai dire, il n'y a pas d'instance engagée, et le demandeur n'aura point d'autre réponse à faire pour laisser tous les frais à la charge de la partie adverse.

Cette dernière a, ce nous semble, dans ce cas, une voie plus décisive et plus simple, c'est l'action en dommages-intérêts, motivée sur le tort qu'a pu lui occasionner la demande en interdiction, et nous ne pensons pas que le demandeur, qui a reconnu lui-même la légèreté de sa tentative, puisse échapper aux effets de cette action ; *Voy.* notre *Quest.* 3029.

Lorsque toutes les pièces ont été signifiées au défendeur, qu'il a été procédé à son interrogatoire, nous ne doutons pas qu'il ne puisse assigner lui-même son adversaire qui ne l'assigne pas, afin de voir statuer sur la demande en interdiction, sauf dommages-intérêts, s'il y a lieu.]]

3027. *Le jugement doit-il être rendu en audience solennelle ?*

La négative a été jugée par arrêt de la Cour de Bruxelles du 21 mai 1809, attendu qu'en cette matière il ne s'agit pas de l'état civil proprement dit du défendeur, mais de l'état de sa personne, dans l'exercice de l'ordre de ses facultés intellectuelles. (*Voy.* S., 16. 2. 112.)

[[Cette jurisprudence était vraiment insoutenable, puisqu'en statuant sur les facultés intellectuelles du défendeur, le jugement décide, par cela seul, s'il est apte à remplir les fonctions de citoyen. Aussi, tous les arrêts nouveaux que nous avons cités sur le titre de l'interdiction ont-ils été rendus en séance solennelle, et ce point n'est plus aujourd'hui susceptible de controverse.]]

3028. *Le jugement n'a-t-il à prononcer que l'interdiction ou le rejet pur et simple de la demande ?*

Si les juges estiment que le défendeur est faible d'esprit, mais non pas tout à fait incapable de gouverner sa personne et ses biens, ils peuvent, conformé-

ment à l'art. 499, Cod. civ., soumettre le défendeur à un conseil judiciaire.

[[Tous, les auteurs approuvent cette opinion qui a été souvent suivie dans la pratique. Cependant la Cour de Besançon, 25 août 1810 (*J. Av.*, t. 14, p. 673), a décidé que, dans les cas où le ministère public poursuit l'interdiction d'un individu à raison de faits qui n'autorisent des poursuites que dans un intérêt particulier et de la part de ses parents, le tribunal, en rejetant la demande, n'a pas le droit de nommer un conseil judiciaire à la partie. Cette décision est fondée uniquement sur les principes de compétence, qui opposent une insurmontable fin de non-recevoir à l'action du ministère public.

L'on peut dire, dans le même sens, que, toutes les fois que des poursuites de cette nature sont annulées, soit parce que celui qui s'est porté demandeur n'est pas apte à les diriger, soit parce que le tribunal investi de l'affaire n'est pas compétent pour en connaître, les juges n'ont d'autre parti à prendre que de rejeter purement et simplement la demande. Ce n'est que dans le cas contraire qu'ils sont libres d'admettre le terme moyen présenté par M. Carré.

Il n'est pas moins certain, comme l'a jugé la Cour d'Orléans, 19 déc. 1806 (*J. Av.*, t. 14, p. 663; DEVILL., 2.2.182), qu'on ne pourrait, par des conclusions nouvelles, substituer, dans le cours de l'instance, à une action en interdiction *pour cause de démence*, une demande en dation de conseil judiciaire *pour cause de prodigalité*. Ce serait changer la nature de l'action primitivement intentée.]]

3029. *Lorsque le tribunal rejette la demande en interdiction sans soumettre le défendeur à un conseil judiciaire, celui-ci obtiendra-t-il nécessairement des dommages-intérêts contre le demandeur?*

Non : tout ici dépend des circonstances, et est abandonné à la prudence des tribunaux. (*Voy.* LOCRÉ, t. 6, p. 459.)

[[Tel est également l'avis de M. DALLOZ, t. 9, p. 537. Il peut arriver en effet que le demandeur ait été de bonne foi, ou même que les causes qui exigeaient l'interdiction aient cessé; mais lorsqu'il est avéré pour le juge qu'une mesure aussi grave n'était réclamée que dans un but de cupidité et de haine, comme on l'a vu trop souvent, nous pensons qu'il ne saurait se montrer trop sévère dans la fixation des dommages-intérêts qu'il doit prononcer.]]

3030. *Si le défendeur ne se présente pas à l'audience, peut-il se pourvoir par opposition contre le jugement qui intervient?*

Il paraît résulter des termes de l'art. 498, Cod. civ., *parties appelées*, et surtout de l'art. 893, qui ne parle que de l'appel, que le législateur n'a entendu ouvrir que cette voie. Telle est aussi l'opinion de M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 595 et 596.

[[Il faut convenir que ces motifs ne sont rien moins que déterminants. En effet, l'opposition est de droit commun, et même, selon M. Merlin, de droit naturel ; c'est une suite et un complément nécessaire du droit de défense. Pour que cette voie soit ouverte, est-il nécessaire que le législateur le dise? ne suffit-il pas qu'il ne l'ait pas interdite formellement par une loi spéciale? C'est un principe qui a été consacré : 1° par un avis du conseil d'Etat des 11 et 18 fév. 1806; 2° par quatre arrêts de la Cour de cassation, rapportés par M. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 94 : aussi cet auteur, avec M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 510, ne partage-t-il pas l'opinion de M. Carré; il pense au contraire que l'opposition de l'interdit est recevable.

Enfin, la jurisprudence paraît aujourd'hui fixée dans ce sens. *Voy.* Besançon,

1er mars 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 203); Paris, tribunal de première instance, 30 août 1826 (*Gazette des tribun.* du 31 du même mois); Cassation, 24 déc. 1838 (*J. Av.*, t. 56, p. 122; DEVILL., 1839.1.49).

Mais dans quel délai cette opposition doit-elle être formée? Quels effets produira-t-elle? L'arrêt précité de cassation répond à la première de ces deux questions; l'opposition est recevable tant que le jugement n'a pas été exécuté de la manière prévue par l'art. 159, Cod. proc. civ.

Quant aux effets de l'opposition, ils sont, ce nous semble, non-seulement d'anéantir ce qui a été jugé, mais encore de donner aux juges le droit de procéder à de nouvelles recherches, de prendre tous les renseignements qu'ils jugeront convenables. L'opposition, en un mot, remet en question, non-seulement la décision rendue, mais encore tous les éléments sur lesquels elle s'est fondée; l'avis du conseil de famille, l'interrogatoire, l'enquête: ces éléments, le défendeur pouvait les discuter dans l'instance à la suite de laquelle est intervenu le jugement par défaut. Il le peut encore dans la nouvelle instance à laquelle son opposition donne lieu.]]

[[**3030** bis. *Par qui sont supportés les frais de la demande en interdiction?*

Il faut distinguer : si la demande est rejetée, celui qui avait provoqué l'interdiction doit être condamné aux dépens, à moins qu'à raison du lien de parenté, le juge ne puisse les compenser; si, au contraire, l'interdiction est prononcée, c'est le défendeur qui doit supporter les frais; et cela est d'autant plus juste qu'ils ont été faits dans son intérêt. Dans ce cas le tuteur est autorisé à les payer et à les passer en frais d'administration. (Voy. *Praticien français*, t. 5, p. 179; LEPAGE, p. 594; DEMIAU-CROUZILHAC, p. 495, 6e alin.) M. DELVINCOURT, t. 1, p. 479, examine la question de savoir si ceux qui ont provoqué l'interdiction doivent être condamnés aux dépens, lorsqu'au lieu de prononcer l'interdiction, les juges ont seulement nommé un conseil judiciaire? Il se prononce pour la négative, parce qu'il n'est pas vrai de dire que les provoquants aient succombé. Et en effet, l'art. 894, Cod. proc. civ., dispose qu'en cas de nomination d'un conseil, l'appel est dirigé contre le provoquant, donc c'est lui qui est censé avoir gagné son procès; il serait contradictoire de lui faire supporter des dépens. Cette opinion est aussi celle des auteurs du *Prat. français*, t. 5, p. 179, 5e alin.]]

ART. 894. L'appel interjeté par celui dont l'interdiction aura été prononcée sera dirigé contre le provoquant.

L'appel interjeté par le provoquant, ou par un des membres de l'assemblée, le sera contre celui dont l'interdiction aura été provoquée.

En cas de nomination de conseil, l'appel de celui auquel il aura été donné sera dirigé contre le provoquant.

Cod. civ., art. 500. — Cod. proc. civ., art. 443.

ART. 895. S'il n'y a pas d'appel du jugement d'interdiction, ou s'il est confirmé sur l'appel, il sera pourvu à la nomination d'un tuteur et d'un subrogé tuteur à l'interdit, suivant les règles prescrites au titre des *Avis de parents*.

L'administrateur provisoire, nommé en exécution de l'article 497

du Code civil, cessera ses fonctions, et rendra compte au tuteur, s'il ne l'est pas lui-même.

[Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 383 et suiv., n°s 27 à 40.] — Cod. civ., art. 405 et suiv., 420, 427 et suiv. — Cod. proc. civ., art. 527 et suiv. 882 et suiv. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Interdiction*, n°s 23, 55 à 58, 64, 71. — Arm. Dalloz, v° *Interdiction*, n°s 74 à 84. — Devilleneuve, v° *Interdiction*, n°s 32 à 34. — Locré, t. 23, p. 158, n° 23.

QUESTIONS TRAITÉES : Un autre que l'interdit peut-il interjeter appel du jugement qui a prononcé l'interdiction? *Q.* 3031. — L'interdit peut-il acquiescer au jugement qui le déclare tel, ou se désister de l'appel qu'il en aurait interjeté? *Q.* 3031 *bis.* — Un membre du conseil de famille qui n'aurait pas été de l'avis de l'interdiction, un ami qui aurait fait partie du conseil, pourraient-ils appeler du jugement qui rejette l'interdiction? *Q.* 3032. — Dans quel délai l'appel doit-il être interjeté? L'appel est-il suspensif de l'exécution? *Q.* 3033. — Quelle est la forme de procéder en appel? *Q.* 3034. — La voie de la tierce opposition est-elle ouverte à un créancier ou donataire? *Q.* 3035 (1).]

DLVIII. Comme celle de l'art. 893, la disposition des deux articles ci-dessus n'est qu'une conséquence du droit sacré de défense. C'est en effet que, par suite de ce droit, la personne dont l'interdiction est provoquée peut appeler du jugement qui l'aurait prononcée, et plaider en cause d'appel, sans être pourvue de tuteur. La raison en est d'ailleurs sensible : aux yeux de la loi, son état est encore entier; il ne cesse que par la décision suprême ou par l'adhésion au premier jugement.

3031. *Un autre que l'interdit peut-il interjeter appel du jugement qui a prononcé l'interdiction?*

Non, puisque l'art. 894 ne désigne que lui. Il faut donc en ce cas que l'appel soit l'ouvrage propre et personnel de l'interdit. (*Voy.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 596.)

[[Tel n'est pas l'avis de M. PIGEAU, *Comment.*, t. 2, p. 598, ni celui de M. DELAPORTE, t. 2, p. 428. Ces auteurs tirent argument, l'un de l'art. 887, et l'autre de l'art. 883, Cod. proc. civ.; mais l'opinion contraire de M. Carré, adoptée par M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 510, nous semble préférable. En effet, l'interdit est le seul qui ait intérêt à se plaindre du jugement qui l'a mis en tutelle; ce jugement ne fait tort qu'à lui; pourquoi donner à d'autres le droit de l'attaquer? Ne serait-ce pas ouvrir la porte à de graves inconvénients? Il vaut mieux s'en tenir au texte de l'art. 894, qui est restrictif.

Il en serait autrement dans le cas où un tiers aurait été reçu partie intervenante dans l'instance; cette position particulière donne, à notre avis, à ce tiers le droit d'interjeter appel; c'est du reste ce qu'a jugé la Cour de Bordeaux, le 2 avril 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 563).]]

[[**3031** bis. *L'interdit peut-il acquiescer au jugement qui le déclare tel, ou se désister de l'appel qu'il en aurait interjeté?*

C'est un point également constant en doctrine et en jurisprudence, que l'interdiction consentie par acte volontaire, même homologué par le tribunal, n'est pas valable. Il n'est pas permis aux parties de renoncer, par des conventions privées, aux droits que leur assurent la société et l'Etat, ni même aux formes judiciaires qui garantissent contre toute surprise et tout dol l'abandon de ces

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

Dans le cas d'une demande en interdiction pour cause de démence, quand bien même le défendeur a fait défaut, le procureur du roi ne peut être intimé sur l'appel. Besançon, 15 vent. an XII (*J. Av.*, t. 14, p. 657; DEVILL., *Collect. nouv.*, 1.2.181).]

mêmes droits. Mais lorsqu'un jugement, intervenu dans les formes légales, a prononcé l'interdiction, il n'est pas moins certain que la partie contre laquelle l'interdiction est prononcée peut laisser le jugement sans appel ; ce n'est pas là renoncer à sa capacité et à sa liberté, c'est seulement tenir pour vraie la décision qui établit l'impuissance d'en jouir. Toutefois. nous n'en tirerons pas la conséquence que l'interdit peut acquiescer au jugement, ou se désister de l'appel interjeté. Les Cours de Turin, 4 janv. 1812 (*J. Av.*, t. 1, p. 161, et de Bordeaux, 3 juill. 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 225), l'ont néanmoins ainsi décidé.

M. DALLOZ, t. 9, p. 537, critique cette jurisprudence. Sans nous dissimuler la gravité de la difficulté, nous partageons l'opinion de M. Dalloz ; elle est conforme au principe que nous avons déjà posé, à l'occasion des *Séparations de biens* et des *Séparations de corps*, *Quest.* 2932 *quater* et 2787 *bis*.

Le délai d'appel est commandé par la nécessité de mettre un terme aux procès. Mais dans une instance où l'interdiction est demandée, tout acte volontaire qui tend à priver un individu de sa capacité doit être déclaré nul, comme contraire à l'ordre public.

Voy. notre *Quest.* 1452, t. 3, p. 449.

3032. *Un membre du conseil de famille qui n'aurait pas été d'avis de l'interdiction, un ami qui aurait fait partie du conseil, pourraient-ils appeler du jugement qui rejette l'interdiction?*

Nous croyons, par argument de l'art. 883, que la faculté d'appeler n'appartient qu'au membre du conseil de famille qui a été d'avis de l'interdiction ; celui qui a été d'un avis contraire ne peut être recevable à se plaindre que le tribunal ait jugé suivant son opinion.

Mais dans le cas où *un membre de l'assemblée* peut interjeter appel, il est indifférent, d'après ces expressions générales de l'art. 894, qu'il soit parent ou ami ; il suffit qu'il ait fait partie du conseil de famille, et qu'il ait voté pour l'interdiction. (*Voy.* DELAPORTE, t. 2, p. 428.)

[[Cette dernière décision de M. Carré est incontestable : la première est combattue par M. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 94, sur le fondement que l'avis du conseil de famille ne peut être considéré comme un acquiescement anticipé à l'interdiction qui lie celui qui l'a émis, et qu'il s'agit d'ailleurs d'une question d'État sur laquelle il n'est pas permis de transiger d'avance. En fait, nous doutons que la difficulté se présente souvent, car il est bien difficile d'admettre qu'un membre du conseil de famille, qui a formellement reconnu que le défendeur était sain d'esprit, relève appel d'un jugement conforme à sa pensée, et provoque l'interdiction du même individu. Cependant, s'il le faisait, nous ne pensons pas qu'on pût lui opposer une fin de non-recevoir, tirée de son premier avis. La délibération du conseil de famille, nous l'avons déjà dit, n'est pas un jugement, ni même un acte irréfragable, ce n'est qu'un élément de l'instruction : les opinions qu'elle constate peuvent se modifier, et même se transformer de la manière la plus absolue, et l'art. 894 permettant l'appel à tous les membres du conseil de famille indistinctement, nous ne voyons pas pourquoi on dépouillerait de ce droit quelques-uns d'entre eux, sauf aux juges à avoir tel égard que de raison à une démarche aussi inattendue.]]

3033. *Dans quel délai l'appel doit-il être interjeté? L'appel est-il suspensif de l'exécution?*

L'appel doit être interjeté dans les délais ordinaires (art. 443), puisque la

loi n'a fait aucune exception. Il est suspensif à l'égard de la nomination du tuteur ou du subrogé tuteur (art. 895) ; mais il ne l'est pas par rapport aux inscriptions aux tableaux à afficher, conformément à l'art. 501, Cod. civ. (*Voy.* LOCRÉ, t. 6, p. 462 et suiv.)

[[Il ne l'est pas non plus en ce qui concerne la nomination d'un administrateur provisoire, pour prendre soin de la personne et des biens de l'interdit. (Art. 497, Cod. civ.)

C'est un principe ancien, qu'un jugement d'interdiction doit être exécuté nonobstant l'appel, et sans qu'on puisse obtenir de défenses : ce point de jurisprudence avait été consacré par un arrêt de règlement du 29 janv. 1656.— Le Code civil, le Code de procédure, loin de déroger à ce vieux principe, semblent plutôt l'avoir confirmé. (*Voy.* notamment l'art. 502, Cod. civ.) Il résulte, à la vérité, de l'art. 505 du même Code et de l'art. 895, Cod. proc. civ., que la nomination du tuteur et du subrogé-tuteur ne peut avoir lieu, en cas d'appel, qu'après l'arrêt définitif; mais cette exception, la seule que le législateur ait admise, prouve précisément qu'en principe l'appel n'est pas suspensif, lorsqu'il s'agit d'interdiction.

Telle est en effet l'opinion de MM. DELVINCOURT, t. 1, p. 480; PROUDHON, t. 2, p. 532; MERLIN, *Répert.*, t. 6, p. 437 ; FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 94; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 511.

Cependant il a été jugé par la Cour de Toulouse, le 29 janv. 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 28 ; DEVILL., *Collect. nouv.*, 6. 2. 355) que l'appel d'un jugement portant nomination d'un *conseil judiciaire*, était suspensif; mais, dans l'espèce jugée par cette Cour, il s'agissait de sommations respectueuses; et comme la loi ne range pas cette espèce d'actes dans la catégorie de ceux qui nécessitent l'assistance d'un conseil, la question était sans intérêt.]]

3034. *Quelle est la forme de procéder en appel?*

Voy. Code civil, art. 500.

[[Cet article permet au juge d'appel de faire interroger de nouveau, s'il le juge convenable, la partie dont l'interdiction est demandée ; nul doute qu'il ne puisse également ordonner une enquête. M. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 94, se pose la question de savoir si le procureur général est tenu d'assister à l'interrogatoire, comme le procureur du roi l'est en première instance. Il adopte l'affirmative ; et nous croyons comme lui qu'en permettant aux magistrats supérieurs des moyens d'instruction prescrits aux premiers, la loi entend implicitement les soumettre aux mêmes formes.]]

3035. *La voie de la tierce opposition est-elle ouverte à un créancier ou donataire?*

Non. (*Voy.* arrêt de la Cour de Turin du 13 mai 1808, *J. Av.*, t. 14, p. 668, et de la Cour de Riom, du 9 janvier même année, *Jurisprud.* du Code civil, t. 12, p. 311.)

[[Telle est aussi l'opinion de MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 683, not. 11, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 511. (*Voy.* notre doctrine au titre de la *Tierce opposition*, et surtout notre *Quest.* 1709.)]]

ART. 896. La demande en mainlevée d'interdiction sera instruite et jugée dans la même forme que l'interdiction.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 392, nos 41 à 43.] — Décret du 16 janv. 1808, art. VI. — Cod. civ., art. 512. — Cod. proc. civ., art. 890. — [Notre Dict. gén. de proc., vo *Interdiction*, nos 17, 72 à 76. — Arm. Dalloz, vo *Interdict.*, nos 167 à 174. — Devilleneuve, vo *Interdiction*, nos 61 à 63. — Locré, t. 23, p. 158, no 24.

QUESTIONS TRAITÉES : Lorsque l'interdit demande mainlevée, a-t-il besoin d'être assisté de son tuteur? *Q*. 3036. — Doit-il former sa demande soit contre celui-ci, soit contre ceux qui l'ont fait interdire? *Q*. 3037. — Quel est le tribunal devant lequel la demande en mainlevée doit être portée, lorsque le tuteur de l'interdit demeure dans le ressort d'un autre tribunal que celui qui a prononcé l'interdiction? *Q*. 3038. — Le jugement qui accorde la mainlevée doit-il être rendu public, comme celui qui a prononcé l'interdiction? *Q*. 3039. — Si le créancier ignore le changement d'état d'un incapable devenu capable, la poursuite qu'il dirige contre son tuteur est-elle valable? *Q*. 3039 *bis*.]

DLIX. La raison de cette disposition, c'est que l'interdiction n'est, de sa nature, qu'une mesure suspensive. Il est vrai que les espèces sont fort opposées ; mais la procédure peut être identique, car les mêmes procédés qui font connaître si un homme a perdu la raison conduisent également à connaître s'il l'a recouvrée.

3036. *Lorsque l'interdit demande mainlevée, a-t-il besoin d'être assisté de son tuteur?*

3037. *Doit-il former sa demande, soit contre celui-ci, soit contre ceux qui l'ont fait interdire?*

L'interdit n'a besoin, pour former sa demande en mainlevée, ni de l'autorisation, ni de l'assistance de qui que ce soit (Voy. *Quest.* de LEPAGE, p. 593), l'art. 896 disant que cette demande est instruite et jugée dans la même forme que l'interdiction; il présente sa requête en mainlevée au président, qui rend l'ordonnance de *soit communiqué au procureur du roi;* celui-ci donne ses conclusions; un rapporteur est nommé; jugement intervient, qui ordonne la convocation du conseil de famille, pour donner son avis sur l'état actuel de l'interdit; il est interrogé, s'il est nécessaire; on ordonne une enquête, et le tribunal prononce la mainlevée ou maintient l'interdiction. (*Voy.* TOULLIER, t. 2, p. 559.)

Mais nous avons vu, sur la *Quest.* 3017, que la demande en interdiction doit être dirigée contre le défendeur aussitôt qu'il a subi son interrogatoire.

M. PIGEAU, t. 2, p. 434, demande à ce sujet si, réciproquement, l'interdit doit actionner, pour défendre à son action en mainlevée, soit son tuteur, soit ceux qui l'ont fait interdire? il maintient la négative, parce que, dit-il, si l'avis de tous les parents est favorable, cela est inutile, et que si quelques-uns sont d'un avis contraire, comme ils savent que la mainlevée est demandée, ils peuvent y former opposition par un acte extrajudiciaire.

On peut répondre, dit M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 683, not. 10, que la loi est claire; qu'elle prescrit la même forme pour la mainlevée que pour l'interdiction; que les parents devant compter qu'on observera ces formes, pourraient négliger de former tierce opposition, et que conséquemment on doit les appeler pour faire valoir leurs moyens contre la demande en mainlevée, ou au moins actionner le tuteur qui les représente.

[[La doctrine de M. Berriat Saint-Prix, sur laquelle M. Carré ne s'est pas expliqué, repose sur une confusion qu'il est facile d'apercevoir. Lorsque l'article 896 ordonne de suivre, pour la demande en mainlevée, les règles prescrites pour la demande en interdiction, il entend évidemment parler des formes ci-dessus énumérées, mais non de celles qu'exige la présence des deux contradicteurs. Or, si, dans cette dernière demande, la partie dont l'interdiction est provoquée a un intérêt pressant, immédiat, à défendre sa capacité, et jusqu'à sa liberté, personne n'a intérêt ni droit à contester la demande en mainlevée, en admettant quelles causes d'interdiction aient disparu. C'est donc sur ce dernier point seulement que peut porter le débat. Mais y a-t-il quelqu'un qui veuille

le soutenir, et quelle est cette personne? C'est ce que nul ne sait encore. Dans le premier cas, en un mot, il y a un défendeur nécessaire; dans le second il n'y en a pas. L'interdit n'a donc personne à citer; le tuteur serait plutôt son protecteur que son contradicteur, s'il y avait lieu : toutefois son assistance est inutile dans la cause, comme l'ont décidé, après M. Carré, tous les auteurs qui ont écrit sur le Code civil, et comme l'a jugé la Cour de Bordeaux, 8 mars 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 78; DEVILL., *Collect. nouv.*, 7.2.371); encore moins est-il l'adversaire de celui dont il représente la personne. Les seuls contradicteurs naturels, si l'on peut appeler contradiction ce qui n'est qu'un devoir de surveillance et de contrôle, sont le ministère public, et le conseil de famille, appelé à prendre une nouvelle délibération : nul ne peut donc être mis en cause comme défendeur; nul par conséquent n'est admis à critiquer le jugement rendu en son absence : ces divers points sont nettement établis dans un arrêt de Cassation du 12 fév. 1816 (*J. Av.*, t. 14, p. 682; DEVILL., *Collect. nouv.*, 5.1.150). Il existe une décision contraire de Riom, 2 déc. 1830 (DEVILL., 1833.2.494); mais nous ne croyons pas qu'elle doive prévaloir contre des principes aussi bien fondés.

Du reste tout parent et le tuteur lui-même sont en droit de contester sur la demande en mainlevée. Nous pensons, avec M. DALLOZ, t. 9, p. 562, qu'ils doivent en ce cas suivre les formes tracées par l'art. 888, au titre des Avis de parents, c'est-à-dire déclarer, par acte extrajudiciaire, qu'ils entendent s'opposer à la demande, et, dans le cas où ils ne seraient pas immédiatement mis en cause, former opposition au jugement rendu en leur absence.]]

3038. *Quel est le tribunal devant lequel la demande en mainlevée doit être portée, lorsque le tuteur de l'interdit demeure dans le ressort d'un autre tribunal que celui qui a prononcé l'interdiction?*

Nous ne croyons pas que l'on puisse regarder la demande en mainlevée comme présentant une question relative à l'exécution du jugement d'interdiction, et qui, conséquemment, devrait être soumise au tribunal qui aurait rendu ce jugement; nous croyons, au contraire, qu'il s'agit d'une nouvelle demande principale, qui n'a pour objet rien de ce qui concerne soit l'interprétation, soit l'exécution de ce jugement.

Or, comme l'interdit n'a pas d'autre domicile, d'après l'art. 108, Cod. civ., que celui de son tuteur, nous pensons, avec M. LEPAGE, dans ses *Questions*, p. 593, et les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 178, que la demande doit être portée devant le juge de son domicile.

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 512, discute assez longuement la décision de M. Carré et la rejette sur ce motif que le conseil de famille, qui doit être consulté sur la demande en mainlevée est, le même que celui sur la délibération duquel a été prononcée l'interdiction; il en conclut que l'instance doit être portée devant le tribunal qui a rendu le jugement. M. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 100, semble partager le même avis.

Au contraire, un arrêt de la Cour de Paris du 13 germ. an X (*J. Av.*, t. 14, p. 653; DEVILL., *Collect. nouv.*, 1.2.62) a jugé, conformément à la doctrine de M. Carré, que la demande en mainlevée doit être portée devant le tribunal du nouveau domicile de l'interdit, et cette décision nous paraît bien fondée.

Remarquons d'abord que l'interdit n'a point de domicile propre. C'est donc à celui de son tuteur qu'il devra intenter l'action. Quant à la personne pourvue d'un conseil judiciaire, comme elle peut disposer librement d'elle-même et résider là où elle le juge convenable, la question se présente à son égard dans toute sa simplicité.

L'objection de M. Thomine Desmazures serait puissante, si, par cela seul que

le conseil de famille réside dans le ressort d'un tribunal, toute action concernant l'interdiction devait y être portée; car nous reconnaissons, avec cet auteur, que c'est du même conseil de famille que la délibération est prescrite sur la demande en mainlevée.

Mais il n'en est pas ainsi : l'action en interdiction est portée devant le tribunal *du domicile du défendeur*, de sa résidence, dans certains cas (Voy. *Quest.* 3013); or, ce tribunal peut n'être pas celui dans le ressort duquel se réunit et délibère le conseil de famille.

Reste donc l'art. 896, qui renvoie dans les termes les plus généraux aux formes ordinaires et, par conséquent, à la disposition que nous venons d'indiquer; restent aussi les inconvénients d'un système qui obligerait le demandeur à se transporter, très loin peut-être de son domicile nouveau, dans un pays où les faits qui justifieraient la mainlevée ne seraient pas connus.]]

3039. *Le jugement qui accorde la mainlevée doit-il être rendu public comme celui qui a prononcé l'interdiction ?*

Non ; il suffit à l'interdit, si quelqu'un doute de sa capacité pour contracter, qu'il représente le jugement qui l'a rétabli dans l'exercice de ses droits. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 434.)

[[Telle est également l'opinion de MM. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 513; DALLOZ, t. 9, p. 562, et la nôtre. Du reste, le jugement doit être rendu en audience publique.]]

[[**3039** bis. *Si le créancier ignore le changement d'état d'un incapable devenu capable, la poursuite qu'il dirige contre son tuteur est-elle valable?*

Oui, selon M. PIGEAU, t. 2, p. 14, *in fine*, par application de l'art. 345, Cod. proc. civ. Mais si le créancier sait le changement, il doit poursuivre contre le débiteur devenu capable. Dans ce cas, il est du plus grand intérêt pour celui-ci de connaître les poursuites dont il est l'objet ; or, il pourrait les ignorer, si l'on agissait, non pas contre lui, mais contre son ancien tuteur. On voit donc que cette procédure ne serait pas loyale; elle pourrait nuire au débiteur sans être utile au créancier.]]

ART. 897. Le jugement qui prononcera défense de plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier, en donner décharge, aliéner ou hypothéquer sans assistance de conseil, sera affiché dans la forme prescrite par l'article 501 du Code civil.

Tarif, 92. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 393, nos 44 et 45.] — Cod. civ., art. 499, 501. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Conseil judiciaire*, n° 14. — Locré, t. 23, p. 136, n° 37.

QUESTIONS TRAITÉES : Comment se forme et s'instruit la demande à fin de nomination d'un conseil judiciaire? *Q.* 3040. — Lorsque le jugement portant nomination d'un conseil judiciaire n'a pas été affiché, les actes faits postérieurement par l'individu soumis à ce conseil, et sans son assistance, sont-ils valables? *Q.* 3041.]

DLX. Que l'interdiction soit prononcée ou que le tribunal se soit borné à nommer un conseil au défendeur, en conformité de l'art. 499, Cod. civ., le public doit en être instruit, et ce but est rempli par les affiches que l'article ci-dessus prescrit d'apposer dans la forme prescrite par l'art. 501 du même Code.

3040. *Comment se forme et s'intruit la demande à fin de nomination d'un conseil judiciaire ?*

Toutes les règles sur la manière de provoquer, d'instruire et faire cesser l'interdiction sont applicables à la nomination d'un conseil judiciaire, conformément à l'art. 514, Cod. civil.

[[A cette décision, qui est incontestable, il suffit d'ajouter, avec la Cour d'Amiens, 29 juill. 1821 (*Journ.* de cette Cour, t. 1, p. 262), que les formes prescrites pour la dation d'un conseil judiciaire doivent être observées pour son remplacement.]]

3041. *Lorsque le jugement portant nomination d'un conseil judiciaire n'a pas été affiché, les actes faits postérieurement par l'individu soumis à ce conseil, et sans son assistance, sont-ils valables ?*

Cette question a été jugée pour l'affirmative, par deux arrêts, l'un de la Cour de Turin, du 20 janv. 1810 (S., 11.2.3), l'autre de la Cour de cassation, du 16 juill. de la même année. (S., 11.1.3. *Voy.* Denevers, p. 143 du suppl., et p. 545 de la première partie.)

Il n'en est pas de même, d'après tous les auteurs, dans le cas où le jugement d'interdiction n'a pas été rendu public, conformément à l'art. 501, Cod. civ.; les actes sont nuls de droit, en ce sens que l'incapacité a été jugée d'avance; mais si le défaut de publicité ne valide pas ces actes, il peut au moins donner lieu, en faveur des personnes qui auraient traité de bonne foi avec l'interdit, à des dommages-intérêts qui seraient supportés par ceux qui auraient négligé de remplir les formalités prescrites par le Code pour la publicité du jugement. (*Voy.* Delvincourt, t. 1, p. 277, not. 2.)

[[*V.* aussi MM. Merlin, *Quest. de droit*, t. 3, p. 639 ; Favard de Langlade, t. 1, p. 664; Pigeau, t. 2, p. 604; Berriat Saint-Prix, p. 684, not. 11. Tel est également notre avis.]]

TITRE XII.

Du Bénéfice de cession.

Un débiteur insolvable n'a pu amener ses créanciers à traiter avec lui, à lui accorder remise ou terme; il se voit exposé à perdre, avec sa liberté, les moyens de se relever peut-être. La loi lui offre une dernière ressource, c'est celle de la cession de biens. On la définit l'abandon qu'un débiteur fait de tous ses biens à ses créanciers, lorsqu'il se trouve hors d'état de payer ses dettes (Cod. civ., art. 1265). C'est une espèce de paiement partiel qui, sous quelques rapports, a les mêmes effets qu'un paiement intégral.

Il y a cession *volontaire* et cession *judiciaire* ou *forcée;* l'une se fait d'un commun accord entre le débiteur et ses créanciers ; ses effets sont réglés par la convention, et, par conséquent, elle n'exige aucune formalité de procédure.

L'autre est un *bénéfice* que la loi accorde à tout débiteur *malheureux et de bonne foi*, en lui permettant de se pourvoir en justice à l'effet d'être, contradictoirement avec ses créanciers, admis à leur abandonner tous ses biens pour les administrer ou les faire vendre ; l'effet de ce bénéfice est d'empêcher ou de faire cesser l'emprisonnement du débiteur. (*Voy.* Code civ., art. 1269 et 1270.)

Le Code civil et le Code de commerce (1) contiennent les principes du droit, en cette matière.

Celui de procédure règle les formalités à suivre pour opérer la cession, et reproduit en grande partie les principes énoncés aux deux autres Codes, auxquels il n'apporte que de très légères modifications : d'où il suit que les solutions des difficultés que nous aurons à examiner, relativement aux cessions en matière purement civile, s'appliqueront en grande partie aux cessions en matière de commerce.

Art. 898. Les débiteurs qui seront dans le cas de réclamer la cession judiciaire accordée par l'article 1268 du Code civil seront tenus, à cet effet, de déposer au greffe du tribunal où la demande sera portée, leur bilan, leurs livres, s'ils en ont, et leurs titres actifs.

Tarif, 92. —[Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 395, nos 1 et 2.] — Régl. du 30 mars 1808, art. 54. — Ordonn. de 1672, tit. 11, art. 2, 3 et 11. — Cod. civ., art. 1265 et suiv. — Loi du 28 mai 1838, art. 541. — [Notre Dict. gén. de proc., vo *Cession de biens*, nos 10, 16 à 21, 26 et 27. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 67 à 69. — Devilleneuve, *eod. verb.*, nos 16 à 18, 20 et 21. — Locré, t. 23, p. 159, no 26.

QUESTIONS TRAITÉES : Comment s'effectuera le dépôt des titres dans le cas de faillite du demandeur ? *Q.* 3042. — Suffit-il au débiteur de déposer un extrait de son bilan, lorsque ce bilan se trouve déjà déposé au greffe du tribunal du lieu de l'ouverture de la faillite? *Q.* 3043.]

DLXI. On sent que le dépôt prescrit par cet article a pour motif que le bénéfice de cession repose essentiellement sur la bonne foi du débiteur : d'où il suit que, pour l'obtenir, il était nécessaire d'exiger qu'il fournît tous les éclaircissements propres à justifier sa conduite et à éclairer ses créanciers.

3042. *Comment s'effectuera le dépôt des titres, dans le cas de faillite du demandeur ?*

« Le conseil d'Etat avait d'abord arrêté, dit M. Locré, *Esprit du Code de* « *comm.*, t. 7, p. 213, art. 569, conformément à l'art. 898, Cod. proc. civ., que « le failli serait tenu de déposer au greffe du tribunal *son bilan, ses livres et ses* « *titres actifs.* Les sections du Tribunat observèrent qu'on exigerait l'impossi- « ble, puisque le failli a dû remettre le tout aux agents de la faillite, dans les « vingt-quatre heures de leur entrée en fonctions. A la suite de ces observa- « tions, on proposa la rédaction suivante : Il sera statué par le tribunal sur le « vu du bilan, des livres et des titres actifs du failli, lesquels seront à cet effet « *déposés au greffe.* Le conseil d'Etat s'est borné à dire : Le tribunal *se fera* « *remettre les titres nécessaires*; cette rédaction satisfait à tout, ajoute M. Lo- « cré. » Quoi qu'il en soit, la question ci-dessus posée n'en reste pas moins entière. Le tribunal devra-t-il, comme le portait la rédaction arrêtée sur les observations du Tribunat, ordonner *le dépôt au greffe ?* Pourra-t-il se borner, pour éviter des frais, à ordonner aux agents de la faillite de remettre les pièces *nécessaires* sous les yeux du tribunal, à la Chambre du conseil? Ce dernier parti serait sans doute le moins coûteux, mais il est aussi le moins régulier et n'offre pas la garantie du dépôt au greffe. Nous pensons qu'en évitant de s'expliquer positivement sur la nullité du dépôt au greffe, dans le cas de faillite, le législateur a pu vouloir laisser au tribunal le choix d'un autre mode de remise moins dispendieux, et qu'en ne parlant que des *titres nécessaires*, il a encore voulu

---

(1) [Aucun débiteur commerçant ne sera recevable à demander son admission au bénéfice de cession de biens. (Loi du 28 mai 1838, art. 541.)]

laisser aux juges la faculté de n'exiger que la remise de certaines pièces, sans les astreindre à l'obligation d'ordonner indistinctement celle de tous les livres et de *tous les titres du failli.* Le tribunal pourrait même n'ordonner aucune remise, si déjà l'état des affaires du failli, la tenue de ses livres, etc., avaient été examinés par les créanciers, et si on n'y avait rien trouvé de suspect ou qui indiquât de la fraude et de la mauvaise foi. Ainsi, pour le débiteur failli, l'article 569, Cod. de comm., s'est écarté de la rigueur des formalités prescrites par l'art. 898, Cod. proc. civ. Mais il paraît que, pour tous autres cas où il n'y a point eu de faillite déclarée ou formalisée, le dépôt préalable au greffe, du bilan, des livres et des titres actifs, est nécessaire.

L'omission de ce dépôt devrait opérer, dans l'état, le rejet de la demande en cession, puisqu'il est prescrit comme condition essentiellement préalable à cette demande. (PERRIN, *Traité des nullités*, p. 200.)

[[Nous croyons, avec M. Carré, que la convenance et le mode du dépôt des pièces étaient abandonnés à la prudence des tribunaux avant que l'art. 541 de la loi du 28 mai 1838, en cas de faillite, ne supprimât la cession de biens, en matière commerciale. En ce qui concerne les particuliers non commerçants, qui, suivant notre auteur, sont tenus d'accomplir cette formalité telle qu'elle est prescrite par l'art. 898, à peine de nullité de leur demande, il est d'abord utile de faire remarquer qu'il est impossible d'exiger d'eux la remise de livres de commerce, qu'ils ne sont pas obligés d'avoir : aussi est-il généralement reconnu que c'est à eux que s'appliquent ces expressions de l'article : leurs livres, s'ils en ont (*Voy.* MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 605, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 250). Il faut ensuite remarquer que l'obligation de déposer un bilan et les titres actifs, n'a d'autre objet que de faciliter la preuve des malheurs et surtout de la bonne foi du débiteur : c'est de tels actes que ressortira le plus naturellement cette justification, et la loi ne l'exige pas dans un autre but : on ne peut donc exiger du débiteur qu'il fournisse telle et telle autre pièce, sauf à lui à subir les conséquences d'une preuve insuffisante ou mal faite. Tel est aussi l'avis de M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 250, et la Cour d'Angers, 21 nov. 1817 (*J. Av.*, t. 16, p. 647; DEVILL., *Collect. nouv.*, 5.2.331), a jugé avec non moins de raison que la rédaction incomplète du bilan n'est pas, pour un ouvrier illettré, dont la bonne foi est d'ailleurs démontrée, un motif d'exclusion du bénéfice de cession.]]

3043. *Suffit-il au débiteur de déposer* UN EXTRAIT DE SON BILAN, *lorsque ce bilan se trouve déjà déposé au greffe du tribunal du lieu de l'ouverture de la faillite?*

L'art. 899 voulant que la demande en cession soit formée devant le tribunal du domicile du débiteur, cette question ne peut se présenter que dans le cas où elle a lieu *incidemment* (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 431), par exemple, devant le tribunal dans le ressort duquel le débiteur aurait été arrêté; et, dans ce cas, il a été jugé par arrêt de la Cour d'Aix du 13 avril 1807 (S. 8.2.93; *J. Av.*, t. 6, p. 601), que le débiteur, ne pouvant retirer son bilan du greffe du tribunal de commerce, parce qu'il était devenu acquis à ses créanciers, se conformait suffisamment à l'art. 898, en prenant un extrait, pour le déposer au greffe du tribunal saisi de sa demande en cession, et en déclarant que ses titres actifs et ses papiers étaient déposés au greffe du tribunal de commerce.

[[Cette question, qui, comme le dit M. Carré, ne peut être soulevée qu'incidemment à une faillite, ne présente plus aujourd'hui d'intérêt. (*Voy.* loi du 28 mai 1838, art. 541 précité.)]]

ART. 899. Le débiteur se pourvoira devant le tribunal de son domicile.

[Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 396, nos 3 à 8.] — Régl. du 30 mars 1808, art. 54. — [Notre Dict. gén. de proc., vis *Cession de biens*, nos 28, 35 et 41. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 70 à 72. — Devilleneuve, *eod. verb.*, no 19. — Locré, t. 23, p. 137, no 39.
QUESTION TRAITÉE : A quel tribunal appartient la connaissance des demandes en cession de biens, et les créanciers doivent-ils être appelés sur cette demande? *Q.* 3044 et 3045.]

3044 et **3045**. *A quel tribunal appartient la connaissance des demandes en cession de biens, et les créanciers doivent-ils être appelés sur cette demande?*

Pour établir la compétence des tribunaux de commerce, si les dettes étaient purement commerciales, nous nous fondions, dans notre *Analyse*, no 2803, et d'après M. Pigeau, sur l'art. 635, Cod. de comm.; mais on reconnaît généralement aujourd'hui que tout débiteur qui peut et veut obtenir le bénéfice de cession est tenu de former sa demande, à cet effet, au tribunal civil du domicile qu'il avait au moment où sa déconfiture s'est ouverte, quand même toutes ses dettes seraient commerciales. Tel est l'avis de M. PARDESSUS, t. 4, p. 539, no 2803; de M. DELVINCOURT, dans ses *Institut. commerc.*, t. 2, aux notes, p. 709; de M. LOCRÉ, dans son *Esprit du Code de comm.*, t. 8, p. 551; telle était aussi la pratique sous l'ancienne jurisprudence. (*Voy.* JOUSSE, sur l'art. 1er, tit. 10, de l'ordonn. de 1670; le *Nouv. Répert.* et le *Nouv. Denisart*, vo *Cession.*)

Quelque loin que ce débiteur se soit retiré depuis, c'est au greffe de ce tribunal qu'il dépose son bilan, ses registres et les titres de son actif; c'est par ce tribunal que la cession est jugée *contradictoirement avec les créanciers, que le débiteur est tenu d'appeler par exploit dans la forme ordinaire*, si la demande est principale. (*Voy.* discours de M. Mouricaut, édit. de F. Didot, p. 323, et arrêt de la Cour de Colmar, *Jurisp. sur la proc.*, t. 1, p. 267; PIGEAU, t. 2, p. 260, no 1.)

[[Un des principaux motifs sur lesquels s'est fondé le législateur de 1838, pour supprimer la cession de biens en matière commerciale, c'est que les cessions de biens, qui étaient *portées devant les tribunaux civils*, tandis que les faillites l'étaient devant les tribunaux de commerce, donnaient lieu à des distinctions de compétence que rien ne justifie, et à deux jugements sur une même affaire par deux tribunaux compétents (rapp. de M. Renouard, à la Chambre des Députés); il ne peut donc plus s'élever aujourd'hui de doute sur la première question de M. Carré. Quant à la seconde, elle est plus difficile à résoudre; non pas que le droit des créanciers d'intervenir dans l'instance soit en aucune manière contestable, puisqu'ils peuvent s'opposer à la cession de biens, dans les cas énumérés dans l'art. 905, et généralement dans tous ceux où le débiteur n'est pas en même temps malheureux et de bonne foi : mais à quelle phase de l'instance doivent-ils être appelés, et de quelle manière? La mise en cause doit-elle être étendue à tous ceux qui auraient des droits à exercer contre le demandeur en cession; enfin, quels sont les effets de cette mise en cause? Telles sont les difficultés plus sérieuses que soulève la question proposée. M. Carré, comme on vient de le voir, admet que la demande doit être jugée contradictoirement avec les créanciers, c'est-à-dire qu'il faut appeler ceux-ci avant le jugement de l'instance, et qu'ils le seront dans la forme ordinaire, par exploit d'assignation devant le tribunal compétent pour connaître de l'action.

Sur le premier point, la doctrine de M. Carré a été sanctionnée par un arrêt

de Colmar, du 24 nov. 1807 (*J. Av.*, t. 6, p. 608; DEVILL., *Collect. nouv.*, 2. 2.307); cet arrêt, qui a prévu les objections qu'elle soulève s'est fondé : 1° sur ce que l'art. 899, en enjoignant au débiteur de se pourvoir devant le tribunal, a entendu que ce serait dans la forme ordinaire qui suppose un contradicteur à appeler ; 2° sur ce que les véritables contradicteurs sont, ici, les créanciers qui ont intérêt à la demande, et que c'est pour les mettre à portée d'apprécier la conduite de leur débiteur, que la loi exige la remise de ses livres, bilan et titres actifs; 3° enfin, sur ce que l'art. 900, exigeant la mise en cause des parties poursuivantes sur la demande en sursis, implique à plus forte raison la mise en cause de tous les créanciers, sur la demande en cession qui a pour effet de détruire ou du moins de modifier leurs titres. Ce système a été admis par la plupart des anciens auteurs.

L'opinion contraire se trouve développée d'une manière remarquable dans les motifs d'un arrêt de la Cour de Toulouse; l'appel des créanciers avant le jugement serait inutile, dans le cas où le tribunal rejetterait la demande, et dispendieuse, dans celui où la plupart d'entre eux serait disposés à ne pas refuser la cession : la communication au ministère public, véritable contradicteur dans l'instance, la remise des titres au tribunal, l'insertion de la demande dans les journaux, toutes ces formalités supposent que l'instance se poursuit hors de la présence des créanciers. Quant aux intérêts de ceux-ci, ils sont garantis suffisamment, et par ces formes elles-mêmes, et par la faculté d'intervenir qui leur appartient toujours, et surtout par la disposition de l'art. 901, qui exige que les créanciers soient appelés, lors de la réitération de la cession à l'audience du tribunal de commerce : c'est alors seulement, d'après l'arrêt de Toulouse, que la mise en cause des créanciers est utile et requise par la loi. Quant à l'art. 900, en ordonnant que, sur une demande incidente aux poursuites, les *parties*, c'est-à-dire, évidemment, *les parties poursuivantes*, soient appelées, ne dispense-t-il pas de la mise en cause de toutes les autres, ne suppose-t-il même pas que nul n'avait été appelé avant l'obtention du sursis?

Cet avis est aussi celui de M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 515 et 522. Sans aller aussi loin, la Cour de Grenoble, le 11 juill. 1829 (*J. Av.*, t. 39, p. 290), a jugé qu'il est inutile d'assigner les créanciers, du consentement desquels le débiteur s'est assuré d'avance; elle a reconnu d'ailleurs que le jugement ne portait nul préjudice aux droits de ceux en l'absence desquels il a été rendu, la voie de la tierce opposition demeurant toujours ouverte.

Quant à nous, en présence de raisons également spécieuses et des dispositions équivoques de la loi, nous devons avouer notre hésitation : toutefois, il nous paraît que la demande en cession, qui a pour objet de priver les créanciers de l'exercice de la contrainte, qu'ils se sont réservé dans leurs titres, est réellement dirigée contre les créanciers ; qu'ils doivent être mis en cause, et que la loi n'avait pas besoin de dire cela. L'intervention du ministère public, la remise des pièces, s'expliquent par la nature même de la demande et des conclusions, que les juges doivent appliquer d'office, lors même que les créanciers y renonceraient (Voy. *Quest.* 3055) ; et l'insertion dans les journaux, qui d'ailleurs n'était prescrite que pour les demandes de faillis, se justifie par la crainte que tous les créanciers, ceux qui auraient eu le plus d'intérêt à contester la cession, n'eussent point été avertis. La mise en cause occasionnera, dit-on, des frais frustratoires, si les créanciers consentent à la cession de biens : mais, sur ce point, nous admettons la précision de l'arrêt de Grenoble précité, et nous reconnaissons qu'il n'est pas besoin d'assigner tous ceux dont le débiteur rapportera l'assentiment écrit : cet appel, ajoute-t-on, est inutile si le tribunal rejette d'office la demande : mais, combien de fois la mauvaise foi du débiteur ne pourra-t-elle apparaître sans les explications de ses créanciers! L'art. 899 garde le silence sur la mise en cause, et l'art. 901 ne l'exige que lors de la réitération;

c'est que, dans le premier cas, il n'était pas nécessaire d'en parler, tandis que, dans le second, la loi, qui appelle les créanciers à l'audience du tribunal de commerce, pour donner plus de solennité à la déclaration du débiteur, a dû expliquer sa volonté. Enfin, l'objection prise de l'art. 901 n'est qu'une équivoque : lorsque, sur une demande en cession incidente à des poursuites, le débiteur présente une demande en sursis, il est évident que ses seuls contradicteurs dans cette dernière affaire sont les parties poursuivantes ; mais ce débat est étranger à la cession, et ne change rien aux principes que nous venons d'exposer. Nous avons dit quel est, selon nous, l'objet de cette convocation des créanciers à la réitération de cession prescrite par l'art. 901. Peut-on lui en attribuer un autre, et la considérer comme un moyen de former opposition au jugement rendu? Mais d'abord, c'est là compliquer inutilement une procédure qui pourrait être fort simple : ensuite l'intervalle du jugement à la réitération sera-t-il assez long pour donner aux créanciers le temps d'attaquer la cession? quel sera l'effet de leur silence? Leur opposition ne peut d'ailleurs être portée devant le tribunal de commerce compétent pour recevoir la déclaration du débiteur. On voit combien le système que nous combattons soulève de difficultés; nous croyons donc que M. Carré et la Cour de Colmar sont entrés dans le véritable esprit de la loi.

Ainsi les créanciers seront assignés devant le tribunal qui connaît de la demande. On s'est demandé si ce devait être par requête signifiée ou par assignation directe; la première opinion se fonde sur la disposition de l'art. 54 du décret du 30 mars 1808, qui suppose qu'une requête doit être présentée par le débiteur, à l'effet d'obtenir permission d'assigner en cession de biens; mais il s'agit là, sans doute, de la requête, afin d'arrêter les poursuites, dans le cas de l'art. 900. Les créanciers sont les contradicteurs naturels du demandeur en cession. Rien ne s'oppose donc à ce qu'ils soient cités directement, dans la forme ordinaire; c'est ce qu'a jugé la Cour de Grenoble, le 11 juill. 1829 (*J. Av.*, t. 39, p. 290).

Il nous reste à examiner quel est l'effet de l'assignation aux créanciers. C'est de les mettre en demeure de s'opposer à la demande en cession. La Cour de cassation, 15 avril 1819 et 23 janv. 1822 (*J. Av.*, t. 6, p. 649, et t. 24, p. 21), a jugé, conformément à ce principe, que le créancier appelé sur l'instance, qui n'a élevé aucune réclamation, ne peut exercer la contrainte par corps par suite d'un fait antérieur au jugement. *Voy.* cependant un arrêt de Bruxelles, 14 juin 1828 (*J. P.*, 3e éd., t. 21, p. 1554).

Le défaut d'opposition ou l'absence du créancier appelé sur la réitération de cession ne produirait pas le même effet, comme l'a décidé la Cour de Nîmes, le 12 janv. 1811 (*J. Av.*, t. 1, p. 153), et ne rendrait pas ce créancier non recevable à attaquer le jugement : cette décision est parfaitement en harmonie avec l'opinion que nous avons émise plus haut sur l'objet de la formalité prescrite par l'art. 901.]]

ART. 900. La demande sera communiquée au ministère public; elle ne suspendra l'effet d'aucune poursuite, sauf aux juges à ordonner, parties appelées, qu'il sera sursis provisoirement.

[Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 398, n° 9.] — Ordonn. de 1535, chap. 8, art. 33. — Cod. comm., art. 570. — Cod. proc. civ., art. 83. — [Notre Dict. gén. de proc., v^is *Cession de biens*, n°s 16, 23, 39 à 43 ; *Exception*, n° 202 ; *Matière sommaire*, n° 98 ; *Ressort*, n° 170. — Arm. Dalloz, v° *Cession de biens*, n°s 73 à 79. — Devilleneuve, *cod. verb.*, n° 23. — Locré, t. 23, p. 159, n° 27.

QUESTIONS TRAITÉES : Le jugement qui statue sur la demande en cession de biens est-il susceptible d'être attaqué par la voie de l'appel, lorsque les opposants ne sont créanciers que d'une somme inférieure au taux du dernier ressort? *Q.* 3045 *bis.* — Pourrait-on prendre inscription sur les biens du débiteur, dans le cours de l'instance en cession? *Q.* 3045 *ter.* — Le tribunal pourrait-il ordonner

un sursis provisoire à des poursuites déjà faites? *Q.* 3046. — Que doit faire le débiteur pour obtenir promptement une surséance à des poursuites qui ne sont pas consommées? *Q.* 3047. — Comment procède-t-on sur les assignations en cession de biens? *Q.* 3048.—Dans quels cas les créanciers qui contestent sont-ils soumis aux dépens? *Q.* 3049 (1).]

DLXII. Une disposition contraire à celle par laquelle l'article ci-dessus dispose que la demande en cession ne suspend point de droit les poursuites existait dans l'ordonnance du mois d'octobre 1535. Les auteurs du Code de procédure ont, avec raison, pensé qu'on ne devait pas la suivre. En effet, il ne saurait dépendre du débiteur de changer sa condition et le droit des tiers; d'ailleurs la provision est due au titre. Mais on remarque que tous les intérêts sont conciliés par la faculté accordée à cet égard aux tribunaux. C'est donc à la justice à examiner la position du demandeur et à lui accorder un sursis, si elle l'en juge digne.

[[**3045** bis. *Le jugement qui statue sur la demande en cession de biens est-il susceptible d'être attaqué par la voie de l'appel, lorsque les opposants ne sont créanciers que d'une somme inférieure au taux du dernier ressort?*

La demande en cession de biens est de sa nature d'une valeur indéterminée, puisqu'elle implique l'abandon de tous les biens présents du débiteur, et même de ses biens futurs à concurrence du montant de ses dettes. Le jugement qui statue sur l'opposition des créanciers est donc susceptible d'appel, lors même que les titres de ceux-ci n'égaleraient pas la somme de 1500 fr. Il est effectivement de principe que l'exception opposée à l'action ne peut, quelle qu'en soit la nature, changer la demande, ni, par suite, influer sur la compétence du juge, étendre ou restreindre sa juridiction : ainsi, les créanciers, comme le débiteur lui-même, sont en droit d'interjeter appel du jugement, à plus forte raison le débiteur, lorsque le tribunal a rejeté la demande d'office, et sans l'intervention des parties intéressées. C'est ce qu'a jugé la Cour de Bordeaux, le 13 mars 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 122).]]

[[**3045** ter. *Pourrait-on prendre inscription sur les biens du débiteur, dans le cours de l'instance en cession?*

L'affirmative, en thèse générale, paraît ne souffrir aucune difficulté, car nous ne voyons pas pourquoi un créancier perdrait ses droits de préférence sur la distribution du prix provenant de la vente tant des meubles que des immeubles du débiteur. Jusqu'à la vente des immeubles, tout est encore en suspens : prendre ou renouveler son inscription, c'est donc faire utilement un acte conservatoire. Il en était autrement, à la vérité, suivant l'observation de M. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 604, lorsque la cession était demandée à la suite de faillite, sous la législation antérieure à la loi du 10 mai 1838.

Notre opinion est conforme à celle de M. Troplong, *Hypothèques*, t. 3, p. 58, n° 662.]]

3046. *Le tribunal pourrait-il ordonner un sursis provisoire à des poursuites déjà faites?*

Il résulte textuellement de l'art. 900 que, s'il est permis aux tribunaux, dans

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

On peut attaquer par la voie de l'appel le jugement qui, en donnant au demandeur en cession un délai pour produire ses registres au greffe, lui accorde un sauf-conduit pour se présenter à l'audience; ce n'est pas un simple jugement préparatoire. Trèves, 21 fév. 1808 (*J. Av.*, t. 6, p. 614).]

certaines circonstances, de surseoir provisoirement aux poursuites à faire contre le débiteur, il ne leur est pas également permis de détruire l'effet de celles qui sont déjà exercées. C'est pourquoi la Cour de Toulouse, par arrêt du 7 nov. 1808 (S. 9.2.240; *J. Av.*, t. 6, p. 601), et celle de Paris, par arrêt du 11 août 1807 (S. 15.2.207, et *J. Av.*, t. 6, p. 604), ont jugé que le débiteur incarcéré ne peut obtenir provisoirement sa liberté, tant qu'il n'a pas été statué sur sa demande en cession (1). (*Voy.* aussi PIGEAU, t. 2, p. 362, et DEMIAU-CROUZILHAC, p. 606.)

[[A cette dernière conséquence, approuvée par MM. PARDESSUS, t. 4, p. 530, n° 1330; BERRIAT SAINT-PRIX, p. 687, note 4, et FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 446, on peut ajouter, avec la Cour de Turin, 10 juin 1808 (*J. Av.*, t. 6, p. 625), que la contrainte par corps peut être prononcée contre un débiteur, même après qu'il a formé sa demande, et avec la Cour de Toulouse, 30 avril 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 153), que le débiteur ne peut être mis en liberté après le jugement même qui admet la cession, mais avant qu'il ait réitéré sa cession en personne, à l'audience du tribunal de commerce, conformément à la disposition de l'art. 901.]]

3047. *Que doit faire le débiteur, pour obtenir promptement une surséance à des poursuites qui ne sont pas consommées?*

Il doit présenter requête au président, pour avoir permission d'assigner à bref délai, et sur cette assignation le tribunal, suivant les circonstances, prononce sur-le-champ le sursis, ou le joint au fond, ou se réserve, en l'y joignant, la faculté de *disjoindre*, s'il y a lieu. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 360 et 361.)

[[C'est aussi la marche qui nous paraît la plus convenable.]]

3048. *Comment procède-t-on sur les assignations en cession de biens?*

3049. *Dans quels cas les créanciers qui contestent sont-ils soumis aux dépens?*

M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 607, dit que l'on doit procéder sommairement, c'est-à-dire sans écritures et sans instruction par écrit, parce qu'il s'agit de mettre le débiteur à l'abri de l'emprisonnement; nous croyons, au contraire, avec M. Pigeau, que l'affaire est ordinaire; mais la cause doit être jugée à la première audience, sans remise ni tour de rôle. Les créanciers qui ont contesté, quoique le débiteur fût dans les cas où la loi veut qu'ils ne puissent refuser la cession (Cod. civ., art. 1270), doivent être condamnés aux dépens.

[[La meilleure preuve que la demande en cession de biens n'est pas une instance sommaire, c'est que le Tarif, au chapitre des Matières ordinaires, alloue à l'avoué plusieurs émoluments particuliers, ainsi que nous l'avons fait remarquer dans notre *Comment. du Tarif*, t. 2, p. 398; mais lorsque le débiteur est en prison, on peut considérer alors la demande comme *requérant célérité*, et rentrant par conséquent dans la classe des affaires sommaires. Nous avons vu en effet, sur la *Quest.* 3046, qu'il n'est pas permis aux juges d'accorder en ce

---

(1) Il a même été décidé, par arrêt de la Cour de cassation du 23 fév. 1807 (S., 1807, p. 170; *J. Av.*, t. 6, p. 600) qu'encore bien que le débiteur eût demandé à être admis au bénéfice de cession, les juges ne pouvaient surseoir à l'exécution de la contrainte pendant l'instance en cession.

Mais nous ne pensons pas que cette décision, rendue par application des lois antérieures au Code de procédure civile, puisse être suivie aujourd'hui; le contraire est formellement exprimé dans l'exposé des motifs de ce titre. (*Voy.* LOCRÉ, t. 4, p. 172.)

[L'opinion de M. Carré nous paraît exacte, elle a été consacrée par un arrêt de Grenoble, 22 mai 1834 (*J. Av.*, t. 46, p. 352).]

cas l'élargissement provisoire; c'est aussi ce qu'a reconnu la Cour de Besançon, le 13 juill. 1826.

Ce que dit M. Carré de la condamnation des créanciers aux dépens est incontestable; il faut, à l'hypothèse particulière qu'il prévoit, ajouter le cas où les opposants auraient encouru par leur fait une condamnation, de quelque manière que ce soit, par exemple, en présentant contre la demande du débiteur une exception tardive. *Voy.* en ce sens un arrêt de Paris, 27 nov. 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 192).]]

Art. 901. Le débiteur admis au bénéfice de cession sera tenu de réitérer sa cession en personne, et non par procureur, ses créanciers appelés, à l'audience du tribunal de commerce de son domicile; et, s'il n'y en pas, à la maison commune, un jour de séance : la déclaration du débiteur sera constatée, dans ce dernier cas, par procès-verbal de l'huissier, qui sera signé par le maire.

Tarif, 64. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 398, nos 10 à 14.] — Ordonn. de 1510, art. 70. — Ordonn. de 1673, tit. 10, art. 1.

Art. 902. Si le débiteur est détenu, le jugement qui l'admettra au bénéfice de cession ordonnera son extraction, avec les précautions en tel cas requises et accoutumées, à l'effet de faire sa déclaration conformément à l'article précédent.

Tarif, 65. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 399, nos 15 à 18.] — Cod. civ., art. 1270.

Art. 903. Les nom, prénoms, profession et demeure du débiteur, seront insérés dans un tableau public à ce destiné, placé dans l'auditoire du tribunal de commerce de son domicile, ou du tribunal de première instance qui en fait les fonctions, et dans le lieu des séances de la maison commune.

Tarif, 92. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 401.] — Ordonn. de 1673. — Cod. de comm., art. 573. — [Notre dict. gén. de proc., vº *Cession de biens*, nos 22 et 46. — Arm. Dalloz, *eod. verb.* nos 80 à 89. — Devilleneuve, *eod. verb.*, nos 22 et 24. — Locré, t. 23, p. 159 et 160, nos 28 et 29.

Questions traitées : Le débiteur qui tarde à réitérer sa cession peut-il être emprisonné par ses créanciers, nonobstant le jugement ? *Q.* 3049 *bis.* — Le jugement qui autorise la cession de biens est-il nul pour n'avoir pas ordonné la comparution du demandeur à l'audience, afin de réitérer sa déclaration ? *Q.* 3049 *ter.* — Quelles sont les précautions requises pour l'extraction du débiteur ? *Q.* 3050. — Comment devrait se faire la déclaration, si le débiteur se trouvait dans l'impossibilité absolue de se présenter à l'audience du tribunal de commerce ? *Q.* 3050 *bis.* — Combien de temps l'insertion prescrite par l'art. 903 doit-elle durer ? *Q.* 3051.]

DLXIII. Sous l'ancienne législation, l'usage était de publier au pilori, dans le marché public et en présence du débiteur, le jugement qui l'avait admis au bénéfice de cession. On a pensé que ce mode de publication ne pouvait être maintenu; car pourquoi eût-on imposé cette humiliation à celui que la loi juge digne d'être mis à l'abri des contraintes? On le soumet seulement, quel que soit son état, à réitérer sa cession en personne et avec publicité; démarche qui, si elle semble onéreuse, offre une garantie de plus contre les abus malheureusement possibles de l'institution.

Mais cette solennité passagère ne suppléerait pas à la publicité permanente que requiert l'intérêt des tiers; et quelques égards que mérite l'infortune, il

est juste que la position du débiteur admis au bénéfice de cession soit connue de ceux qui peuvent contracter avec lui.

Cet intérêt est surtout celui du commerce; et par ce motif, la loi veut que, quelle que soit la profession du débiteur, ses nom, prénoms, etc., soient insérés dans un tableau public à ce destiné; formalités autant et plus nécessaires, dans le cas de cession, que celles prescrites pour ceux de la séparation de biens et de l'interdiction.

[[**3049** bis. *Le débiteur qui tarde à réitérer sa cession peut-il être emprisonné par ses créanciers, nonobstant le jugement?*

Cette question, fort délicate, a été soulevée par M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 607. Ce professeur la résout affirmativement : « Cependant, ajoute-t-il, il « ne faudrait pas mettre trop de précipitation à cette exécution, et je conseil- « lerais toujours de mettre le débiteur en demeure par une sommation expresse, « quoique absolument elle ne soit pas nécessaire, du moins après un délai « moral. »

Dans les cas spécifiés par les art. 901 et 902, Cod. proc. civ., il serait utile de faire désigner un délai par le tribunal; car, autrement, la solution de M. Demiau-Crouzilhac nous paraîtrait bien rigoureuse. Lorsqu'un débiteur a obtenu d'être admis à la cession de biens, il doit faire une réitération, et c'est aux créanciers à accélérer le plus possible cette réitération. Le retard du débiteur peut-il lui faire perdre le bénéfice d'un jugement? Nous ne le pensons pas; car alors les créanciers, après simple sommation, se feraient justice eux-mêmes, ce qui ne peut avoir lieu. En matière ordinaire, ce sont les tribunaux qui prononcent la nullité d'une obligation, faute par l'un des contractants d'avoir exécuté les conditions du traité; ici, il y a un contrat judiciaire; c'est à la justice qu'il faut en demander la nullité. Ainsi, selon nous, la marche légale serait celle-ci : *sommation au débiteur de faire sa réitération dans le délai de...., et assignation devant le tribunal, pour voir dire qu'il a perdu le bénéfice du jugement qui admettait sa cession.*]]

[[**3049** ter. *Le jugement qui autorise la cession de biens est-il nul pour n'avoir pas ordonné la comparution du demandeur à l'audience afin de réitérer sa déclaration?*

D'après l'art. 901, le débiteur est tenu de réitérer la cession, tous ses créanciers appelés, et nous avons vu, sous la question précédente, qu'un retard à remplir cette obligation ne permet pas de considérer le jugement comme non avenu.

Lorsque le débiteur est libre, qu'il peut se présenter à l'audience du tribunal de commerce, ou à la séance de la maison commune, il est évident que la décision judiciaire qui admet la cession ne peut être non plus arguée de nullité, par cela seul qu'elle n'enjoint pas de la réitérer : cette formalité, en effet, est imposée directement par le législateur lui-même, et il importe peu que l'accomplissement en soit ou non prescrit par le juge. Mais, lorsque le demandeur est en prison, il semble qu'il n'en est plus ainsi; car il ne peut être élargi qu'après sa déclaration, et, d'un autre côté, il ne peut faire cette déclaration sans un élargissement préalable, que le juge ne serait point compétent pour lui accorder, sans la disposition expresse de l'art. 902.

On comprend, par cette explication, quel est le but de l'article, il ne change rien aux principes ordinaires : il n'implique pas nécessité, de la part du juge, d'enjoindre réitération de cession au débiteur emprisonné; seulement, il lui donne pouvoir d'ordonner un élargissement provisoire sans lequel la réitéra-

tion serait impossible. Par là se justifie un arrêt de Colmar du 17 janv. 1812 (*J. Av.*, t. 6, p. 634), critiqué par M. Coffinières, qui déclare valable le jugement qui admet un débiteur au bénéfice de cession sans ordonner son extraction de la maison d'arrêt, et dont, pour ce motif, on demandait la nullité. Si, comme nous l'avons dit sous la question précédente, un retard volontaire du demandeur n'annulle pas le jugement rendu à son profit, à plus forte raison en est-il ainsi d'un retard forcé, qu'il ne dépend pas de lui d'éviter.]]

3050. *Quelles sont les précautions requises pour l'extraction du débiteur?*

Ces précautions consistent en ce que le tribunal doit ordonner que le débiteur soit mis sous la garde d'un huissier, pour être conduit au lieu où il doit réitérer sa déclaration, et n'être élargi qu'après avoir rempli cette formalité. L'huissier dresse en conséquence un procès-verbal qui constate que l'extraction a eu lieu, et que ces précautions ont été remplies. Cela résulte [[incontestablement]] de l'art. 65 du Tarif.

[[**3050** bis. *Comment devrait se faire la déclaration, si le débiteur se trouvait dans l'impossibilité absolue de se présenter à l'audience du tribunal de commerce?*

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 606, est d'avis, en ce cas, qu'un juge soit commis pour aller recevoir la réitération du débiteur empêché. Il serait à craindre, en effet, qu'un retard prolongé ne compromît ses intérêts ainsi que ceux de ses créanciers, la vente des biens ne pouvant être poursuivie qu'après l'accomplissement de cette formalité. La décision de M. Pigeau nous paraît donc juste. On peut objecter, il est vrai, que l'art. 901 exige que les créanciers soient appelés, ce qui implique, ce semble, la nécessité de comparaître à l'audience. Mais nous savons quel est le véritable but que se propose la loi, en exigeant l'intervention de toutes les parties qui peuvent avoir intérêt à contredire la demande : il n'est pas nécessaire qu'elles soient présentes à cet acte ; il faut seulement qu'elles puissent en prévenir les conséquences. Mais, lorsque ce but est rempli, que le débiteur et les créanciers eux-mêmes, loin de s'opposer à la cession, ne demandent qu'à lever un obstacle imprévu, nous ne voyons pas pourquoi il serait interdit de recourir à un moyen que la loi autorise dans des cas bien plus graves, notamment lorsqu'il s'agit d'une prestation de serment.]]

3051. *Combien de temps l'insertion prescrite par l'art.* 903 *doit-elle durer?*

La loi ne s'explique point à ce sujet; mais nous pensons, avec M. PIGEAU, t. 2, p. 364, qu'elle peut être réitérée au bout d'un an, ainsi que l'art. 872 l'a décidé pour l'insertion des jugements de séparation. Il faut remarquer que, d'après l'art. 92 du Tarif, la même insertion doit être faite dans un journal.

[[C'est également l'avis de M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 524, et le nôtre.]]

ART. 904. Le jugement qui admettra au bénéfice de cession vaudra pouvoir aux créanciers à l'effet de faire vendre les biens meubles et immeubles du débiteur: et il sera procédé à cette vente dans les formes prescrites pour les héritiers sous bénéfice d'inventaire (1).

(1) [Consultez notre Commentaire de l'art. 8 de la loi du 2 juin 1841, sur les ventes de biens immeubles, t. 5, p. 986.]

Cod. civ., art. 1269. — Cod. de comm., art 574. — Cod. proc., art. 936 et suiv., 945, 953. — [Article 8 de la loi du 2 juin 1841. — Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 401, nos 22 et 23. — Notre Dict. gén. de proc., vo *Cession de bien*, nos 44, 47, 50 à 53.

QUESTIONS TRAITÉES : Est-il nécessaire de faire nommer un curateur aux biens, si un créancier du débiteur admis à la cession veut en poursuivre l'expropriation? Quelle est la marche à suivre dans ce cas? *Q.* 3052. — Le débiteur qui a fait cession de biens doit-il nécessairement être appelé aux opérations préliminaires de la vente? *Q.* 3052 *bis*.—Le stellionataire n'est-il déchu du bénéfice de cession qu'à l'égard des seuls créanciers envers lesquels il se serait rendu coupable de stellionat? *Q.* 3053.—La cession de biens confère-t-elle aux créanciers la propriété des biens de leur débiteur? *Q* 3054 (1).]

3052. *Est-il nécessaire de faire nommer un curateur aux biens, si un créancier du débiteur admis à la cession veut en poursuivre l'expropriation?* — [[*Quelle est la marche à suivre dans ce cas?*]]

Le tribunal de première instance de Bordeaux avait jugé cette question pour la négative, par la considération que la cession ne confère point aux créanciers la propriété des biens du débiteur; mais, sur l'appel, la Cour n'a pas eu besoin de prononcer sur la question (*Voy.* S., t. 18, p. 66), attendu que le pourvoi avait été interjeté après le délai. Au reste, M. TOULLIER, t. 7, p. 359, no 268, partage entièrement notre avis (Voy. *Quest.* 3054), et rejette même quelques doutes que nous émettions. « Le tribunal, dit-il, pourrait même et devrait peut-« être refuser de nommer un curateur, car ce curateur ne serait pas l'homme « des créanciers; or, c'est à eux que la loi a donné le pouvoir de vendre les « biens et d'en percevoir les revenus. S'ils ne veulent pas agir tous en commun, « c'est à eux de nommer un mandataire pour les représenter, et de la conduite « duquel ils répondront, au lieu qu'ils ne pourraient répondre des fautes d'un « curateur nommé par la justice. On ne voit donc pas quels sont les motifs de « certains auteurs qui conseillent encore, sous notre nouvelle législation, de « nommer par prudence un curateur. »

[[La question de savoir quelle marche doivent suivre les créanciers, lorsque la cession de biens a été admise, est certainement l'une des plus importantes de la matière. Cependant la jurisprudence, sur ce point, est presque muette. La loi a-t-elle donc prévenu toute difficulté? Nous ne le pensons pas.

L'art. 904, Cod. proc. civ., donne bien *aux créanciers* pouvoir à l'effet de faire vendre; mais comment les créanciers doivent-ils faire procéder à cette vente? Quant aux formalités à suivre, le même article trace les règles qui doivent être observées, et qui sont prescrites pour les héritiers sous bénéfice d'inventaire; mais on n'y voit pas comment devront se réunir les créanciers, pour user du pouvoir que leur accorde le jugement qui admet le débiteur à la cession de biens.

Les créanciers devront-ils nommer des syndics comme en matière commerciale? C'est le parti que proposent MM. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 608, et BERRIAT-SAINT-PRIX, p. 761, note 8; mais comment devront-ils se réunir? En cas

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Le créancier qui poursuit la vente des biens du débiteur qui a été admis au bénéfice de cession, peut, s'il a laissé passer le jour indiqué pour l'adjudication définitive sans y faire procéder, indiquer lui-même le jour de cette adjudication, sans recourir de nouveau au tribunal, pourvu qu'il se conforme au 2e § de l'art. 964, Code proc. civ.; Bordeaux, 1er juin 1816 (*J. Av.*, t. 6, p. 644; DEVILL., *Collect. nouv.*, 5.2.153);

2° Lorsqu'un débiteur se trouve en instance devant un tribunal pour être admis au bénéfice de cession, s'il lui échoit d'autres biens pendant cette instance, ils doivent être compris dans la masse abandonnée aux créanciers, et vendus par licitation devant le même tribunal, encore qu'ils aient été cédés à un tiers. Cass., 2 déc. 1806 (*J. Av.*, t. 6, p. 599; DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.1. 315).]

de contestations, par qui seront-elles décidées? Si tous les créanciers ne peuvent pas être réunis à l'amiable, comment devront-ils être cités, et pourra-t-on procéder en leur absence?

Ou bien, le créancier le plus diligent pourra-t-il, en vertu du jugement qui admet la cession de biens, faire procéder à la vente, en appelant à ses opérations les autres créanciers, comme paraît l'admettre M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 525?

Nous ne pensons pas que les créanciers puissent nommer des syndics, et suivre la marche tracée en matière commerciale, parce que, dans le Code de procédure, il ne se trouve aucun article qui autorise la nomination d'un juge commis à la surveillance des opérations d'une union de créanciers, ni qui indique la marche à suivre pour une réunion de ce genre; et, si cette union ne comprenait pas tous les créanciers, les opérations ne pourraient-elles point être attaquées par de nouveaux créanciers qui viendraient se plaindre de la clandestinité des opérations?... Nous ne croyons pas non plus qu'il y ait lieu à nommer un curateur, qui ne serait pas l'homme des créanciers, comme le font observer MM. Toullier et Carré, et après eux M. DALLOZ, t. 10, p. 600, parce qu'on ne peut pas forcer ceux-ci à mettre leurs intérêts entre les mains d'un individu qui n'offre aucune espèce de garantie, comme le sont trop souvent les curateurs; aussi pensons-nous qu'il est nécessaire au créancier le plus diligent de se faire autoriser de justice, et voici comment nous croyons pouvoir raisonner.

Il nous a semblé impossible de concilier avec les intérêts de tous les créanciers qu'un d'eux eût le droit de poursuivre sans nouvelle autorisation la vente des meubles et des immeubles, d'abord, parce qu'il pourrait intempestivement poursuivre cette vente, et qu'ensuite il serait obligé, à chaque opération, pour qu'elle fût régulière, d'appeler tous les créanciers, ce qui entraînerait des frais trop considérables.

La marche la plus simple, et qui nous a paru devoir être suivie, est celle-ci : le créancier le plus diligent assignera devant le tribunal du domicile du débiteur tous les créanciers connus, et il conclura à ce que le tribunal nomme, soit un des créanciers choisi par la majorité, soit lui-même, partie requérante, pour procéder tant aux ventes des biens meubles et immeubles qu'au recouvrement de toutes les créances. (Argument de l'art. 1033, Cod. civ.)—Ainsi, le créancier nommé par nouveau jugement du tribunal aura un pouvoir judiciaire suffisant pour recouvrer et faire déposer à la caisse des consignations tout l'actif du débiteur.—Il devra suivre, pour la vente, les formalités prescrites pour les ventes des successions acceptées sous bénéfice d'inventaire. Il assignera devant les tribunaux compétents les débiteurs de celui qui aura été admis au bénéfice de cession. — Considéré comme le mandataire de tous les autres créanciers, il sera responsable de sa gestion, et pourra être révoqué sur la demande des autres créanciers; il devra veiller à ce que le prix des meubles et des immeubles, et le montant des créances recouvrées, soient déposés à la caisse des consignations, parce que, si le jugement lui accorde le pouvoir de faire vendre, il n'acquiert pas, pour cela, le pouvoir de toucher le prix et de donner quittance.

Lorsque les biens seront vendus, et les créances recouvrées, le même créancier, ou toute autre partie plus diligente, provoquera un ordre et une distribution par contribution.

Il est essentiel de remarquer que les créanciers qui ont accepté la cession sont aux lieu et place du débiteur lui-même, et qu'ainsi, c'est toujours par action principale qu'ils doivent agir contre les tiers, comme l'aurait fait leur débiteur. Ainsi donc, si, outre les créances à recouvrer, le débiteur a fait cession de biens indivis avec des tiers, le créancier nommé par le tribunal, comme

nous l'avons dit plus haut, provoquera le partage et toutes les opérations qui peuvent en être la conséquence.

Si, contrairement à la nature de la cession de biens, ou par suite de mésintelligence des créanciers, le débiteur est resté possesseur de ses biens, depuis le jugement qui l'a admis à en faire la cession, nul doute qu'il ne doive rendre compte des jouissances qu'il a perçues, et c'est toujours au créancier mandataire qu'il devra rendre ce compte, conformément aux dispositions des art. 527 et suiv., Cod. proc. civ.

Néanmoins, en cas de négligence, tout créancier aura le droit de demander la subrogation, et, dans tous les cas, la faculté d'intervenir, à ses frais, pour surveiller les opérations du poursuivant.]]

[[**3052** bis. *Le débiteur qui a fait cession de biens doit-il nécessairement être appelé aux opérations préliminaires de la vente ?*

Lorsque le débiteur était un commerçant failli, la question ne souffrait aucune difficulté, avant la loi du 28 mai 1838, car l'art. 574, Cod. de comm., autorisait expressément les syndics à vendre sans son concours les meubles et les immeubles composant toute sa fortune; pourquoi n'en serait-il pas de même aujourd'hui, à l'égard des débiteurs non commerçants? A la vérité, la cession de biens n'en transfère pas la propriété aux créanciers (Voy. *Quest.* 3054), mais elle confère à ceux-ci le droit absolu de faire vendre, et se réfère, quant aux formes de la vente, à des dispositions dans lesquelles le débiteur ne pourrait puiser aucune analogie avec le droit d'intervention dont il s'agit. Les créanciers ont d'ailleurs tout intérêt à ce que la vente s'élève au plus haut prix possible. Notre opinion est confirmée par un arrêt de Bourges, 3 mai 1822 (*J. Av.*, t. 24. p. 137.)]]

3053. *Le stellionataire n'est-il déchu du bénéfice de cession qu'à l'égard des seuls créanciers envers lesquels il se serait rendu coupable de stellionat ?*

La Cour de Turin, par arrêt du 21 déc. 1812 (*J. Av.*, t. 6, p. 638), avait jugé cette question pour l'affirmative. En rapportant cet arrêt, t. 14, p. 4, M. Sirey fait observer qu'il y a eu pourvoi admis par la Cour de cassation; mais M. PERRIN, dans son *Traité des Nullités*, p. 87, nous apprend que la section civile n'a pas prononcé, parce que les parties ont transigé.

Nonobstant ce préjugé, il embrasse l'opinion de la Cour de Turin, par les raisons qu'il développe, pages 81 et suiv.; nous croyons comme lui que les créanciers contre lesquels le stellionat n'a pas été commis ne peuvent exciper du droit d'autrui. (Voy. *Quest.* 3055) [[Avec laquelle celle-ci forme double emploi.]]

3054. *La cession de biens confère-t-elle aux créanciers la propriété des biens du débiteur ?*

D'après l'art. 1269 du Code civil, la cession ne donne aux créanciers que le droit de faire vendre les biens à leur profit, et d'en percevoir les revenus jusqu'à la vente. Ainsi, nous ne croyons pas qu'il soit absolument nécessaire de faire nommer un curateur aux biens, si un créancier voulait en poursuivre l'expropriation forcée, mais il serait prudent peut-être d'en agir ainsi : c'était du moins ce qui se pratiquait autrefois. (Voy. *Traité de la vente des immeubles.*) D'HÉRICOURT, chap. 4, p. 51, et les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 185, conseillent de se conformer aujourd'hui à cet usage, fondé sur un arrêt du parlement de Paris du 22 fév. 1607.

C'est encore parce que la cession de biens ne confère point la propriété aux créanciers qu'il a été décidé, par arrêt de la Cour de cassation du 12 janv. 1809 (Voy. *Jurisp. des Cours souv.*, t. 2, p. 192; *J. Av.*, t. 6, p. 598) que les héritiers du débiteur doivent, à sa mort, les droits de mutation, si les biens abandonnés aux créanciers ne sont pas encore vendus.

[[Ces principes sont incontestables et reconnus par tous les auteurs. En ce qui concerne la nomination d'un curateur et, en général, la marche à suivre dans l'expropriation, voy. nos observations sur la *Quest.* 3052.]]

ART. 905. Ne pourront être admis au bénéfice de cession, les étrangers, les stellionataires, les banqueroutiers frauduleux, les personnes condamnées pour cause de vol ou d'escroquerie, ni les personnes comptables, tuteurs, administrateurs et dépositaires.

Ordonn. de 1673, tit. 10, art. 2. — Cod. civ., art. 11, 1268, 1945, 2059. — Cod. proc., art. 379, 405. [Notre Dict. gén. de proc., v° *Cession de biens*, n°s 3 à 9, 11 à 18. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n°s 28 à 62. — Devilleneuve, *eod. verb.*, n°s 1 à 15. — Locré, t. 23, p. 160, n° 30, et p. 138, n° 40.

QUESTIONS TRAITÉES : La disposition de l'art. 905 peut-elle être invoquée contre un débiteur par un créancier autre que celui envers lequel ce débiteur se serait rendu stellionataire ou serait comptable? *Q.* 3055. — Tous autres que ceux qui sont indiqués dans l'art. 905 peuvent-ils être admis au bénéfice de cession? *Q.* 3056. — Les étrangers admis à jouir en France des droits civils peuvent-ils réclamer le bénéfice de cession? *Q.* 3057. — Un saisi, établi de son consentement gardien de ses meubles et effets, est-il considéré comme dépositaire judiciaire, et, comme tel, est-il non recevable à réclamer le bénéfice de cession, s'il ne représente pas les objets confiés à sa garde? *Q.* 3058 (1).]

DLXIV. Les anciennes ordonnances gardaient un silence absolu sur les causes personnelles d'inadmissibilité au bénéfice de cession, autres que la qualité d'étrangers. Cette matière était diversement régie par des statuts particuliers, et par la jurisprudence des arrêts.

Le Code civil s'était contenté, à cet égard, d'exiger que le débiteur fût malheureux et de bonne foi, et il ajoute seulement que la cession judiciaire ne peut être refusée que dans les cas exceptés par la loi. (*Voy.* art. 1268 et 1270.)

Il fallait déterminer ces cas d'exception. C'est à quoi l'art. 905 pourvoit. Parmi ceux beaucoup trop nombreux qu'une jurisprudence très bigarrée avait introduits (Voy. *Comm.* de JOUSSE, sur le titre 10 de l'ordonn. de 1673, et le *Répert.*, v° *Cession de biens*), le législateur a choisi les plus essentiels.

L'exclusion n'est, en conséquence, prononcée que contre les *étrangers*, parce que la détention de leurs personnes est la principale et quelquefois l'unique sûreté de leurs créanciers, et que d'ailleurs leurs biens, s'ils en ont, ne sont pas ordinairement à la portée du créancier français; contre les *stellionataires*, les banqueroutiers frauduleux, les personnes condamnées pour vol ou escroquerie, parce que leur mauvaise foi étant avérée, ces débiteurs sont évidemment indignes du bienfait de la loi.

Enfin, ce bienfait n'est point accordé non plus aux comptables, tuteurs, administrateurs et dépositaires. Ainsi l'exigent la nature de la dette et la faveur

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° La cession de biens faite par un Français et agréée à l'étranger, où il a formé un établissement de commerce, est nulle à l'égard des créanciers français, si elle n'est réitérée en France, conformément aux lois du royaume; Bruxelles, 8 avril 1810 (*J. Av.*, t. 6, p. 633).

2° Un jugement étranger qui admet un négociant au bénéfice de cession, n'est pas obligatoire pour les créanciers de France, encore que lui-même soit Français d'origine; Bruxelles, 8 mai 1810 (*J. Av.*, t. 12, p. 569; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.2.267).]

due, soit au trésor public, soit aux pupilles, soit même à toutes autres personnes dont la confiance a été trahie.

3055. *La disposition de l'art.* 905 *peut-elle être invoquée contre un débiteur par un créancier autre que celui envers lequel ce débiteur se serait rendu stellionataire, ou serait comptable, etc.?*

En d'autres termes : *l'exception fondée sur une des qualités mentionnées en l'art.* 905 *peut-elle être opposée par tout créancier indistinctement, encore bien que la qualité sur laquelle l'exception serait fondée n'eût rien de relatif au créancier qui entendrait s'en prévaloir?*

Nous pensons, avec M. Pardessus, t. 4, p. 338 et 339, que la disposition de l'art. 905 n'est applicable que dans l'intérêt des personnes envers lesquelles le débiteur serait obligé par des actes qui lui donneraient, relativement à elles, une des qualités que l'article mentionne.

Ainsi donc, si le débiteur trouvait quelques moyens de satisfaire ces personnes, ou si elles gardaient le silence, d'autres créanciers ne pourraient invoquer contre lui la disposition dont il s'agit, et, comme nous l'avons dit ci-dessus, si ces personnes elles-mêmes n'avaient pas opposé l'exception, lorsque la demande en cession de biens a été instruite et jugée avec elles, elles ne seraient plus recevables à exercer la contrainte.

Il résulte de cette solution, par exemple, que le créancier d'un compte a seul droit de s'opposer à la cession de biens que demanderait le débiteur comptable envers lui. Il en serait de même du dépositaire, pour la restitution de la chose déposée, du créancier envers lequel le stellionat eût été commis, du propriétaire de la chose volée; mais d'autres créanciers ne pourraient, si ceux-ci gardaient le silence, s'emparer du droit qui n'est établi qu'en leur faveur, pour s'opposer à la cession, si le fait sur lequel l'art. 905 fonde les cas d'exception qu'il établit n'avait pas entaché la masse des opérations du débiteur. On appliquerait alors la maxime *nul ne peut exciper du droit d'autrui.* (*Voy.* la *Question* 3053.)

[[L'opinion de M. Carré est aussi celle de MM. Merlin, t. 2, p. 148, n° 4, et Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 610, et à l'arrêt conforme de Turin, cité sur la *Quest.* 3053, on peut joindre un autre arrêt de la Cour de Montpellier, du 21 mai 1827 (*J. Av.*, t. 35, p. 167). Quelle que soit la force des raisons que l'on peut invoquer en faveur de la doctrine qu'ils consacrent, quelque rigoureuse que puisse paraître l'exclusion dont ne se plaint pas celui qui en a été la victime, nous avions manifesté des doutes, en rendant compte de la première des deux décisions précitées, dans notre *J. Av.*, t. 16, p. 610; il résulte, disions-nous, de l'opinion du législateur, qu'on a plutôt considéré la tache dont un stellionataire, un voleur, un escroc étaient à jamais couverts, que l'intérêt individuel du créancier trompé. L'orateur du consulat s'exprimait ainsi : *De tels débiteurs sont évidemment indignes du bienfait de la loi.* L'orateur du tribunat disait : *L'exclusion du bénéfice est prononcée contre les stellionataires, les banqueroutiers frauduleux, les personnes condamnées pour cause de vol et d'escroquerie*, parce que leur mauvaise foi est avérée; *contre les personnes comptables, les tuteurs, les administrateurs et les dépositaires*, parce qu'ils ont prévariqué.

Dans le système que nous ne croyons pas fondé, il faudrait donc accorder une faveur insigne, un droit introduit seulement pour le malheur et la bonne foi, *à un fripon avéré et à un prévaricateur!...*

De nouvelles réflexions nous font aujourd'hui persister dans notre premier sentiment. Ce n'est pas dans l'intérêt des particuliers que la loi exclut certaines personnes du bénéfice de la cession de biens, c'est dans un intérêt de morale publique, c'est parce qu'il y a, dans leur position, quelque chose de plus

qu'un manquement à des obligations pécuniaires; il y a une sorte de délit que la société doit punir, lors même que les parties qui ont eu à s'en plaindre consentiraient à garder le silence. Tel est aussi l'avis de MM. DELVINCOURT, t. 3, p. 633, not. 8, et DALLOZ, t. 10, p. 591.

M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 526, reconnaît également que tous les créanciers ont le droit, à raison de l'un des faits énumérés dans l'art. 905, de s'opposer à la cession de biens : la distinction qu'il propose est d'une autre nature : le stellionat, dit cet auteur, peut provenir d'une négligence aussi bien que d'une fraude; c'est là un fait qui dépend de circonstances particulières, qu'il est prudent de laisser à l'appréciation des tribunaux. Pourquoi, si le débiteur stellionataire, comptable, etc., était reconnu de bonne foi, ne serait-il pas admis au bénéfice de cession?

Cette opinion est encore repoussée par les paroles des orateurs du gouvernement que nous rapportions tout à l'heure. Evidemment, l'intention du législateur était d'attacher à tous les faits énumérés par lui un caractère d'exclusion absolu : ainsi, par exemple, l'art. 905 ne repousse pas en termes généraux les *banqueroutiers*, sauf aux juges à faire la distinction des banqueroutiers simples et frauduleux. Il précise tous ceux qu'il exclut du bénéfice de cession, il leur assimile les stellionataires et il en donne la raison : c'est que, par le seul fait du stellionat, il y a, aux yeux du législateur, *mauvaise foi avérée*. Cela est peut-être trop rigoureux, mais c'est la loi.]]

3056. *Tous autres que ceux qui sont indiqués dans l'art.* 905 *peuvent-ils être admis au bénéfice de cession?*

L'art. 905, Cod. proc. civ., doit être considéré, avec l'art. 575, Cod. comm., qui en répète les dispositions, comme renfermant les seules exceptions que la loi admette aujourd'hui, et l'on ne saurait en douter, d'après l'explication donnée sur le premier de ces articles, par M. le conseiller d'Etat Berlier. (*Voy.* édit. de F. Didot, p. 322.)

C'est par ce motif que la Cour d'Aix, par l'arrêt cité sur la *Quest.* 3043, a décidé, par exemple, que les bouchers et les revendeurs ne sont plus exclus, à raison de leurs professions, du bénéfice de la cession de biens.

D'où nous concluons, avec M. PIGEAU, t. 2, p. 459, qu'à l'exception des personnes désignées dans l'art. 905, tous les débiteurs malheureux et de bonne foi peuvent être admis à ce bénéfice.

Ainsi, tous ceux contre lesquels le Code civil prononce la contrainte par corps, tels que les cautions judiciaires, les cautions des contraignables par corps, les fermiers de biens ruraux qui ont stipulé la contrainte, peuvent le réclamer ; il en est de même de ceux qui sont condamnés pour dettes commerciales. (*Voy.* arrêt de la Cour de Liége du 17 janv. 1809; SIREY, t. 10, supp., p. 529, et *J. Av.*, t. 6, p. 620.)

De même aussi, l'art. 905, Cod. proc. civ., qui énumère divers cas où l'on ne peut demander la cession de biens, n'est point limitatif : le bénéfice de cession peut être refusé à tout débiteur qui ne justifie point de ses malheurs et de sa bonne foi, encore qu'il ne soit pas compris dans l'énumération de l'art. 905. Aix, 30 déc. 1817, et Bordeaux, 30 août 1821 (S., 18.2.356, et 22.2.60, et *J. Av.*, t. 6, p. 623 et 624.)

D'un autre côté, nous remarquerons que, dans le cas où un débiteur eût été admis au bénéfice de cession, quoique stellionataire, sans opposition de la part de ses créanciers, ceux-ci ne seraient plus recevables à demander contre lui la contrainte par corps, bien qu'il ne soit pas compris dans l'art. 905.

Il suit de ces décisions diverses deux observations générales : la première, que l'art. 905 n'est point *limitatif*, mais démonstratif seulement ; la seconde,

que sa disposition n'est point considérée comme d'ordre public, mais qu'elle est de droit privé et qu'on peut y déroger tacitement, en n'opposant pas contre le débiteur les exceptions qui en dérivent.

[[Nous nous sommes déjà expliqué dans la question précédente sur le caractère de l'exclusion portée par l'art. 905 contre certains individus; nous avons soutenu, contrairement à l'opinion de M. Carré, qu'il s'agissait là, à l'exception des étrangers (pour lesquels il existe du reste des motifs non moins puissants), d'une sorte de flétrissure, dont l'effet est de repousser sans distinction toute demande en cession de biens, de la part de ceux qui la subissent, qui peut, par conséquent, être proposée par tout créancier et même appliquée d'office par le juge ; mais il est évident, qu'en excluant d'une manière absolue ces diverses personnes, la loi n'a pas entendu admettre toutes les autres d'une manière non moins absolue. Elle considère les premières comme convaincues de mauvaise foi : elle abandonne la conduite des secondes à l'appréciation souveraine des tribunaux; c'est en ce sens qu'il est juste de dire que l'art. 905 n'est pas limitatif : au reste, cet avis est consacré par la doctrine et la jurisprudence; *Voy.* arrêts de Paris, 17 janv. 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 26; DEVILL., *Collect. nouv.*, 7.1.159), et de Bruxelles, 4 fév. et 9 nov. 1826.

Mais l'art. 905 est limitatif, en ce que nul autre que ceux qu'il énumère ne se trouve atteint de cette présomption *juris et de jure*, dont nous parlions tout à l'heure, et dont nous avons signalé les effets. Ainsi, comme l'a jugé la Cour de Colmar, 17 janv. 1812 (*J. Av.*, t. 6, p. 634; DEVILL., *Collect. nouv.*, 4.2.15), celui qui, par suite d'une instruction criminelle, a été condamné à des réparations civiles pour voies de fait, n'est pas par cela seul privé du bénéfice de cession; il en est de même du banqueroutier simple, d'après la Cour de Paris, 8 août 1812 (*J. Av.*, t. 6, p. 637; DEVILL., *Collect. nouv.*, 4.2.172), dont la décision est approuvée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 610 ; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 446; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 527, et DALLOZ, t. 10, p. 593.

Il n'est pas moins certain, comme le dit M. Carré, que c'est au débiteur de prouver sa bonne foi, condition indispensable de l'obtention de sa demande. Ce point ne souffre plus aujourd'hui de controverse. Paris, 2 avril, 20 sept. 1808, et 14 avril 1812; Liége, 17 janv. 1809; Riom, 22 nov. 1809; Bruxelles, 19 nov. 1810; Nîmes, 10 janv. 1811; Aix, 30 déc. 1817; Bordeaux, 30 août 1821 (*J. Av.*, t. 6, p. 616); Toulouse, 30 mars 1838 (*J. Av.*, t. 54, p. 718; DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.2.370; 3.2.8, 149, 359, 393; 5.2.341; 6.2.477). *Voy.* aussi la discussion de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 608.]]

3057. ***Les étrangers admis à jouir en France des droits civils peuvent-ils réclamer le bénéfice de cession?***

Quoique les art. 905, Cod. proc. civ., et 575, Cod. comm., paraissent refuser formellement, et sans aucune distinction, le bénéfice de cession aux étrangers, néanmoins nous pensons, comme M. PIGEAU, t. 2, p. 359, et M. PARDESSUS, t. 4, p. 537, que ce bénéfice peut être réclamé par l'étranger qui jouit en France des droits civils, par suite des art. 11 et 13, Cod. civ.

C'est aussi ce que la Cour de Trèves, par arrêt du 24 fév. 1808 (*J. Av.*, t. 6, p. 614), a jugé, en faveur d'un négociant étranger ayant un établissement de commerce et des propriétés en France (1).

---

(1) *V.* SIREY, t. 8, p. 110.

De ce que les étrangers ne sont pas admis au bénéfice de cession contre les Français, il ne s'ensuit pas réciproquement que les Français ne puissent réclamer ce bénéfice contre leurs créanciers étrangers. (*Cass.*, 19 fév. 1806, *S.*, 6.2.773, et *J. Av.*, t. 6, p. 598.)

[C'est la conséquence des principes développés sur la *Quest.* 3056.]

[[Telle est également l'opinion de MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 685, not. 1, FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 446, et nous la croyons conforme aux véritables principes de la matière; le bénéfice de cession, *miserabile auxilium*, est certainement un droit civil. A la vérité, dans l'espèce jugée par l'arrêt de Trèves, il ne paraît pas que l'étranger admis à la cession, rentrât dans la catégorie à laquelle s'appliquent les art. 11 et 13, Cod. civ. Mais la propriété d'immeubles et d'un établissement commercial sis en France faisaient disparaître, sous l'empire du Code de commerce de 1808, les motifs qui ont dicté l'exclusion prononcée par l'art. 905.]]

3058. *Un saisi, établi de son consentement gardien de ses meubles et effets, est-il considéré comme dépositaire judiciaire, et, comme tel, est-il non recevable à réclamer le bénéfice de cession, s'il ne représente pas les objets confiés à sa garde?*

L'affirmative de cette question a été jugée par arrêt de la Cour de Pau, du 16 avril 1810. (*Voy.* S., 10.2.236; *J. Av.*, t. 6, p. 631.)

Mais nous ne croyons pas que cette décision doive être suivie, d'après l'arrêt de la Cour de cassation du 29 oct. 1812, rapporté par DENEVERS, 1813, p. 49, et *J. Av.*, t. 6, p. 632.

[[La Cour de cassation a simplement jugé que le saisi constitué gardien n'est pas un dépositaire judiciaire; mais en admettant même cette doctrine fort contestable, nous pensons, avec M. TOULLIER, t. 7, p. 319, que, dans ce cas, le débiteur doit succomber dans sa demande, parce que sa conduite est la preuve de la plus insigne mauvaise foi, et que l'art. 905 n'est pas limitatif aux cas d'exclusion qu'il énumère, conformément à ce que nous avons dit sous la *Quest.* 3056.]]

ART. 906. Il n'est au surplus rien préjugé, par les dispositions du présent titre, à l'égard du commerce, aux usages duquel il n'est, quant à présent, rien innové (1).

DLXV. Comme la cession de biens est un bénéfice de droit commun introduit en faveur du débiteur malheureux, *marchand ou non*, comme nous l'avons dit plusieurs fois, la procédure qui y est relative trouvait naturellement sa place dans la loi générale dont se compose le Code de procédure, et la connaissance devait en être attribuée, ou, pour parler plus correctement, conservée aux tribunaux ordinaires qui, avant la publication de ce Code, l'avaient toujours eue, sans distinction des personnes.

Cependant, des hommes dont l'opinion méritait des égards ayant fait observer, lors de la discussion de la loi nouvelle, que peut-être y aurait-il lieu d'admettre sur la compétence une exception en faveur des tribunaux de commerce, *quand le débiteur serait commerçant*, on a voulu se réserver le temps d'examiner cette proposition. Tel est le but de l'art. 906; mais nous avons vu, sur l'art. 899, *Quest.* 3044, que les tribunaux civils ont conservé leur attribution en cette matière.

---

(1) [Cet article est aujourd'hui implicitement abrogé par l'art. 541 de la loi du 28 mai 1838, qui abolit la cession de biens en matière commerciale.]

LIVRE II.

PROCÉDURES RELATIVES A L'OUVERTURE D'UNE SUCCESSION.

Avec notre vie finissent nos droits et commencent ceux de nos héritiers. Ils auront à partager nos biens : il faut les leur *conserver*, sans préjudice des droits préexistants de nos créanciers ; il faut en *constater* la nature et la quotité ; il faut enfin *en effectuer la distribution* entre tous ceux qui sont appelés à les recueillir.

De là les appositions de scellés après décès, la vente du mobilier et celle des immeubles, les partages, les licitations, la renonciation à la communauté ou à la succession, la curatelle aux successions vacantes.

Le Code civil a fixé les principes qui régissent ces matières. Le Code de procédure devait prescrire la manière de réclamer et d'obtenir l'application de ces principes : c'est le sujet des neuf titres de ce second livre.

Les motifs des dispositions qu'ils renferment s'expliquent par leur évidente utilité. La plupart étaient déjà consacrées par les lois antérieures ou par la pratique ; seulement le législateur a choisi et rassemblé en un seul corps ce que les usages et les réglements avaient de meilleur, et il s'est appliqué à les simplifier et améliorer. Ainsi, sur ce point, comme sur tant d'autres, le Code de procédure a le même avantage que le Code civil, celui, non de changer ce qui avait été sagement et utilement statué, mais d'étendre à tout le royaume ce qu'il y avait de mieux dans les diverses jurisprudences, et de donner des règles uniformes et complètes à tous les tribunaux (1).

TITRE PREMIER.

De l'Apposition des scellés après décès.

Il faut *conserver* la succession, si, au moment où elle s'ouvre, c'est-à-dire à l'instant du décès, les héritiers sont absents, inconnus ou incapables de surveiller leurs intérêts.

Alors les biens qu'ils sont appelés à recueillir se trouvent, en quelque sorte, sans maître encore, et la justice doit intervenir pour empêcher qu'il ne soient ravis par une cupidité étrangère : de là les règles sur l'apposition et la levée des scellés.

Le scellé est une opération par laquelle on applique le sceau d'un juge ou d'un officier public sur les entrées de maisons, chambres, appartements ou meubles, pour empêcher d'y pénétrer et de détourner ce qu'ils renferment.

Cette mesure est ordonnée afin de conserver des objets dont il sera nécessaire de constater l'existence ou de vérifier l'état, jusqu'au moment où l'on devra procéder à l'inventaire descriptif de ces mêmes objets.

(1) Exposé des motifs par le conseiller d'Etat Siméon ; rapport du tribun Gillet au Corps législatif.

En matière civile, il est nombre de circonstances dans lesquelles il y a lieu d'apposer les scellés.

Nous en indiquons les principales :

Premièrement, quand un individu disparaît, et qu'il n'y a personne pour veiller à la conservation de ses effets et papiers : c'est ce qui résulte de l'art. 114, Cod. civ., qui charge spécialement le ministère public de veiller aux intérêts des personnes absentes.

Secondement, dans le cas d'une demande en séparation de corps ou de biens, d'après les raisons exposées sur la *Quest.* 2976 ci-dessus.

Troisièmement, lors d'une demande en interdiction, quand il n'y a auprès du défendeur personne pour veiller à la conservation de ses effets mobiliers; car il est à cet égard dans le même état que celui qui a disparu. (PIGEAU, t. 2, p. 514.)

Quatrièmement, quand celui chez qui l'on se propose de saisir-exécuter est absent et qu'il se trouve des papiers chez lui. (*Voy.* ci-dessus, art. 591.)

Cinquièmement, quand un débiteur est en faillite. (*Voy.* Cod. de comm., art. 455 et suiv.)

Sixièmement, enfin, après le décès d'une personne. (*Voy.* ci-après, article 907.) (1)

Le législateur a eu particulièrement en vue, dans le présent titre, les scellés à apposer après décès, afin d'empêcher, comme nous l'avons dit, que les effets d'une succession ne soient soustraits, avant que les intéressés en aient pu assurer eux-mêmes la conservation et la distribution.

Mais il ne faut pas conclure que les dispositions qu'il renferme ne soient applicables qu'en cette seule circonstance; on doit, au contraire, les considérer comme établissant les règles générales de l'opération pour tous les cas dans lesquels la loi la prescrit ou la permet, à moins qu'elle ne contienne des règles particulières à certains; par exemple, dans l'espèce de l'arrêté du 13 niv. an X, concernant les appositions et levées de scellés après le décès de certains militaires constitués en grade.

ART. 907. Lorsqu'il y aura lieu à l'apposition des scellés après décès, elle sera faite par les juges de paix, et, à leur défaut, par leurs suppléants.

Loi du 16 août 1790, tit. 3, art. 11. — Décret du 10 brum. an XV. — Cod. civ., art. 278, 601, 790, 773, 819 et suiv., 1006 et suiv., 1031, 1034. — Cod. comm., art. 440 et suiv. — Cod. proc. civ., art. 249. — [Arm. Dalloz, v° *Scellés*, nos 30 et 31.

QUESTION TRAITÉE : Un tribunal civil pourrait-il commettre un de ses membres pour apposer des scellés? *Q.* 3059.]

3059. *Un tribunal civil pourrait-il commettre un de ses membres pour apposer des scellés?*

Non, puisque la loi n'accorde ce droit qu'aux juges de paix; mais la partie, en assistant à l'apposition des scellés faite par le juge-commissaire, sans faire aucune réclamation ou protestation, se rendrait non recevable dans la demande en nullité de l'apposition et de ce qui en aurait été la suite. (*Voy.* arrêt de la Cour de Bruxelles du 12 flor. an XII, *Jurisp. du Cod. civ.*, t. 2, p. 130, et *J. Av.*, t. 21, p. 18.)

Nous remarquerons à cette occasion, 1° que si tout autre officier que le juge

---

(1) *Voy.* d'autres cas; art. 769, 810, 820, 1031, Code civil.

de paix ou son suppléant apposait les scellés, le juge de paix pourrait, de sa seule autorité, les briser pour les réapposer immédiatement. (Décret du minist. de la just. du 4 avril 1791, *Recueil Darmaing*.) 2° Que le juge de paix doit toujours être assisté de son greffier; mais qu'il suffit qu'il soit absent pour que l'on s'adresse au suppléant.

[[Cette opinion, que nous adoptons, est partagée par M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 530. *V.* notre *Quest.* 3075.]]

ART. 908. Les juges de paix et leurs suppléants se serviront d'un sceau particulier, qui restera entre leurs mains, et dont l'empreinte sera déposée au greffe du tribunal de première instance.

[Locré, t. 23, p. 358, n° 4.
QUESTION TRAITÉE : Si l'on se servait du sceau ordinaire de la justice de paix, pourrait-on, sur ce motif, critiquer l'opération? *Q*. 3060 (1).]

3060. *Si l'on se servait du sceau ordinaire de la justice de paix, pourrait-on sur ce motif critiquer l'opération?*

Ce serait sans doute un abus de se servir, pour l'apposition des scellés, du sceau ordinaire de la justice de paix, mais [[évidemment]] aucune disposition du Code n'autoriserait à critiquer l'opération par ce seul motif.

ART. 909. L'apposition des scellés pourra être requise,

1° Par tous ceux qui prétendront droit dans la succession ou dans la communauté;

2° Par tous créanciers fondés en titre exécutoire, ou autorisés par une permission, soit du président du tribunal de première instance, soit du juge de paix du canton où le scellé doit être apposé;

3° Et en cas d'absence, soit du conjoint, soit des héritiers, ou de l'un d'eux, par les personnes qui demeuraient avec le défunt, et par ses serviteurs et domestiques.

Tarif, 1, 16, 78 et 93. — Cod. civ., art. 819 et 820. — Cod. proc. civ., art. 930.

ART. 910. Les prétendants droit et les créanciers mineurs émancipés pourront requérir l'apposition des scellés sans l'assistance de leur curateur.

S'ils sont mineurs non émancipés, et s'ils n'ont pas de tuteur, ou s'il est absent, elle pourra être requise par un de leurs parents (1).

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 406, n° 6.] — Cod. civ., art. 406, 481, 490. — Cod. proc. civ., art. 882. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Scellés et inventaire*, n°s 1 à 17. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n°s 4 à 29. — Devilleneuve, *eod. verb.*, n°s 1 à 7. — Locré, t. 23, p. 271, n° 5, et p. 298, n°s 1 et 2, et p. 342, n° 2.

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :
Il n'est pas nécessaire que le juge de paix applique lui-même les bandes de papier et la cire, lorsqu'il appose les scellés. Le greffier peut faire cette opération, sans qu'il y ait aucune espèce de nullité : il suffit que le juge de paix préside à l'apposition, Cassat., 17 mars 1812 (DEVILL., *Collect. nouv.*, 4.1.17; DALLOZ, 11, 880, n° 3).]

Questions traitées : Le droit de faire apposer les scellés n'appartient-il qu'à ceux qui se prétendent héritiers? *Q.* 3061. — Les créanciers d'un successeur et ceux d'un créancier du défunt ont-ils le droit de faire apposer les scellés? *Q.* 3062. — Les exécuteurs testamentaires peuvent-ils faire apposer les scellés, s'il y a des héritiers mineurs, interdits ou absents? *Quid* s'ils sont en concours avec les héritiers majeurs et en possession de leurs droits? *Q.* 3063. — Des enfants naturels ont-ils le droit de requérir l'apposition des scellés? *Q.* 3064. — L'héritier, dans le cas où le légataire d'un usufruit à titre universel serait dispensé par le testament de faire inventaire et de donner caution, peut il réquérir l'apposition des scellés? *Q.* 3064. — Les enfants incestueux ou adultérins ont-ils la même faculté? *Q.* 3064 *bis*. — Les héritiers non réservataires pourraient-ils demander l'apposition des scellés malgré l'opposition du légataire universel? *Q.* 3064 *ter*. — Les domestiques peuvent ils requérir l'apposition? *Q.* 3065. — Le juge de paix peut-il refuser d'apposer les scellés, lorsqu'il en est requis par une partie ayant qualité? *Q.* 3066.— Que devrait faire le requérant, si, nonobstant la solution précédente, le juge de paix refusait d'apposer les scellés? *Q.* 3066 *bis*. — Un mineur non émancipé, âgé de 15 ans au moins, pourrait-il requérir l'application des scellés? *Q.* 3067. — Si le mineur émancipé néglige de requérir l'apposition des scellés, son curateur peut-il le faire en son lieu et place? *Q.* 3067 *bis* (1).]

DLXVI. Que l'apposition des scellés soit superflue, comme il arrive souvent, qu'elle soit utile et même nécessaire, dans ces deux cas elle peut, d'après l'article ci-dessus, être requise par tous ceux qui y ont intérêt. La loi suppose cet intérêt à raison de la qualité des personnes qu'elle désigne; mais ces personnes peuvent être absentes et non représentées : alors celles qui demeurent avec le défunt, ainsi que ses serviteurs et domestiques, peuvent requérir l'apposition. Ils tiennent cette mission de ce sentiment de bienfaisance qui nous porte à prendre soin des affaires des absents, de ce devoir réciproque qui nous suggère de faire pour autrui ce que nous voudrions que l'on fît pour nous. Dans plusieurs occasions les lois doivent supposer ce devoir et inviter à le remplir.

3061. *Le droit de faire apposer les scellés n'appartient-il qu'à ceux qui se prétendent héritiers?*

La loi dit, *ceux qui prétendent* DROIT *dans la succession,* et ne dit pas, *ceux qui prétendent droit* A LA SUCCESSION ; ainsi, dit M. Levasseur (Voy. *Manuel des just. de paix*, p. 129), la faculté de requérir l'apposition est accordée non seulement aux héritiers qui prétendent droit *à* la succession, mais encore aux légataires, parce que, sans avoir droit *à* la succession, ils ont droit *dans* la succession. (*V.* Pigeau, t. 2, p. 246.)

Nous remarquerons qu'il ne suffirait pas, pour exercer cette faculté, d'alléguer la possibilité de l'existence d'un testament; il faut en justifier, parce qu'il résulte évidemment de l'art. 909 que l'apposition des scellés ne peut être requise que par ceux qui peuvent être justement présumés avoir des prétentions dans la succession. (*Voy.* arrêt de la Cour de Bruxelles du 18 mai 1807, S., 15.2.202.)

[[Ces solutions nous paraissent conformes aux vrais principes qui régissent la matière.]]

3062. *Les créanciers d'un successeur et ceux d'un créancier du défunt ont-ils le droit de faire apposer les scellés?*

Nous croyons que les créanciers d'un successeur ont ce droit, puisqu'ils ont celui d'intervenir au partage, afin d'empêcher qu'il ne soit fait en fraude de leurs droits, qui pourraient être également compromis, s'ils ne pouvaient pré-

---

(1) **Jurisprudence.**

[Nous pensons que :
L'apposition réelle des scellés, dans le cas de l'art. 909, § 2, après la réquisition adressée au juge de paix, emporte nécessairement permission de sa part; Cour de Gand, 22 déc. 1831 (*Journ.* de Bruxelles, 1835, t.2, p.132).]

venir la dissipation des effets mobiliers en faisant apposer les scellés. (*V.* Cod. civ., art. 882.)

Quant aux créanciers d'un créancier du défunt, et même de son successeur, ils doivent aussi jouir de la même faculté, puisque la loi les autorise à exercer les droits de leur débiteur (1). (*V.* PIGEAU, p. 550.)

[[La jurisprudence incline aussi vers ce dernier sens. A l'arrêt de Nancy, rapporté à la note par M. Carré, on peut joindre deux autres décisions, l'une d'Orléans, 12 pluv. an XIII, citée par M. HAUTEFEUILLE, p. 541, et l'autre de Douai, 26 mars 1824 (*J. Av.*, t. 26, p. 241).

Il est incontestable, selon nous, que l'apposition des scellés est une véritable mesure d'exécution; qu'elle ne peut par conséquent être réclamée par toute personne, et que les restrictions de l'art. 910 indiquent assez qu'il doit en être ainsi; l'arrêt précité de Nancy n'a point décidé autre chose.

Mais résulte-t-il de là que, si le créancier d'un successeur se présente, non pas en son nom personnel, mais seulement en vertu de la subrogation aux droits de son débiteur que lui attribue l'art. 1166, Cod. civ., il doive être néanmoins exclu de celui de réclamer l'apposition des scellés? Cette conséquence nous paraît inadmissible. La faculté dont il s'agit ici n'a rien d'exclusivement personnel. Les termes mêmes des art. 909 et 910 suffiraient pour le prouver. Une fois la subrogation demandée et obtenue en justice, rien ne s'oppose à ce que cette faculté soit exercée par les créanciers du successeur. Tel est également l'avis de M. BILHARD, *Traité du bénéf. d'invent.*, p. 73.]]

3063. *Les exécuteurs testamentaires peuvent-ils faire apposer les scellés, s'il y a des héritiers mineurs, interdits ou absents?* [[Quid *s'ils sont en concours avec des héritiers majeurs et en possession de leurs droits?*]]

L'affirmative de la première question résulte textuellement de l'art. 1031, Cod. civil.

Mais comme la disposition de cet article n'a point été répétée dans les articles 910 et 911, Cod. proc. civ., M. PIGEAU, t. 2, p. 547, estime qu'elle a été abrogée par ce Code, et qu'en conséquence, l'exécuteur ne peut faire apposer les scellés pour les héritiers, mais seulement pour les légataires.

Cet auteur va plus loin : il restreint cette faculté au cas où les légataires n'ont point de tuteur.

Il faut cependant remarquer, dit M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 690, not. 5, n° 2, que le Code de procédure ne contenant en général que le mode d'exécuter des dispositions législatives du Code civil, on ne doit y admettre de dérogations à ce Code, qui l'a précédé, que lorsqu'elles sont expresses, ou bien lorsqu'elles résultent de dispositions tout à fait inconciliables. Or, c'est ce qu'on ne remarque point dans les art. 909 et 910, parce qu'ils sont conçus en termes purement facultatifs, *l'apposition pourra être requise...*, *les créanciers pourront requérir*, etc.; expressions qui n'excluent point les exécuteurs testamentaires.

L'art 911 est, il est vrai, conçu en termes impératifs: *le scellé sera apposé*, mais, dit encore M. Berriat Saint-Prix, des termes impératifs ne renferment pas une prohibition, et ne produisent pas non plus une exclusion. Au reste, dès

---

(1) Par arrêt du 9 janv. 1817 (SIREY, t. 17, p. 153; *J. Av.*, t. 21, p. 50), la Cour de Nancy a décidé, au contraire, que les créanciers personnels d'un cohéritier ne peuvent, comme les créanciers de la succession, requérir l'apposition; qu'ils ne peuvent que former opposition à la levée des scellés déjà apposés; mais nous ne croyons pas que cette jurisprudence doive être observée.

qu'on admet des voisins et jusqu'à des domestiques à requérir l'apposition des scellés, à plus forte raison, on ne doit pas refuser à l'exécuteur testamentaire une faculté qui ne saurait nuire à personne, et qui peut être utile en beaucoup de circonstances.

D'après ce que nous avons dit, sur la *Quest.* 2997, qu'on ne devait pas facilement présumer que le Code de procédure eût dérogé aux dispositions du Code civil, on sentira que nous devons adopter l'opinion de M. Berriat Saint-Prix.

[[La solution donnée par MM. Carré et Berriat Saint-Prix nous semble parfaitement conforme à l'esprit de la loi.

Il a cependant été jugé : 1° que lorsque l'exécuteur testamentaire se trouve en concours avec l'héritier même bénéficiaire, il n'a pas le droit de prendre part aux opérations des scellés, Bruxelles, 9 août 1808 (*J. Av.*, t. 24, p. 26; DEVILL., *Coll. nouv.*, 2.2.425) (1); 2° qu'il en doit être de même, lorsque les héritiers lui offrent une somme suffisante pour l'acquittement des legs; Bruxelles, 16 mars 1811 (*J. Av.*, t. 21, p. 38; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.2.446); *Voy.* nos observations sur la *Quest.* 3141.]]

3064. *L'héritier, dans le cas où le légataire d'un usufruit à titre universel serait dispensé par le testament de faire inventaire et de donner caution, peut-il requérir l'apposition des scellés?*

Oui, sans doute, mais les frais sont à la charge de cet héritier. (*Voy.* arrêt de Bruxelles, 18 déc. 1811, S., 12.2.145, et *J. Av.*, t. 21, p. 45.)

[[C'est l'avis de MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 698, FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 91, et le nôtre.]]

3064 (2). *Des enfants naturels ont-ils le droit de requérir l'apposition des scellés?*

Oui, car ils sont évidemment placés dans la classe de ceux qui ont des prétentions dans la succession. (*Voy.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 613.)

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 615 et 616, adopte avec raison cette solution.]]

[[**3064** bis. *Les enfants incestueux ou adultérins ont-ils la même faculté?*

Ils n'ont droit qu'à des aliments; ils ne peuvent donc être rangés dans la classe des personnes auxquelles le n° 1 de l'art. 909 permet de requérir l'apposition des scellés, nonobstant l'opinion contraire de M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 613. Mais ils doivent, ce nous semble, être considérés comme *créanciers*, et, par conséquent, être admis à demander une simple mesure conservatoire, sous les restrictions indiquées par le n° 2 du même article.]]

[[**3064** ter. *Les héritiers non réservataires pourraient-ils demander l'apposition des scellés, malgré l'opposition du légataire universel?*

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 616 et 617, résout cette question à l'aide de certaines distinctions qu'il est utile de faire connaître.

Si le légataire universel a été institué par un testament authentique, il a la

---

(1) [M. Carré dans la note *Jurisprudence*, sur l'art. 930, paraissait cependant contraire à cette opinion.]

(2) [Ce numéro se trouve répété deux fois ; c'est une légère inattention que nous avons cru devoir respecter, pour ne pas déranger la nomenclature des questions.]

saisie de droit et de fait, et les héritiers non réservataires ne pourraient requérir l'apposition des scellés, si ce n'est en critiquant le testament, parce qu'alors l'acte sur lequel le légataire fonderait son droit étant mis en question, les héritiers légitimes auraient un intérêt, au moins éventuel, à demander l'apposition des scellés (1).

Si le testament est olographe ou mystique, l'acte n'est pas authentique, et ne peut obtenir le bénéfice de l'exécution; dans ce cas, les héritiers légitimes ont le droit de faire apposer les scellés.

Les deux solutions de M. Pigeau nous paraissent devoir être adoptées; toutes deux ont été consacrées par la jurisprudence : la première, par les Cours de Paris, 17 mess. an XI (*J. Av.*, t. 21, p. 17); de Bordeaux, 15 déc. 1828 (*J. Av.*, t. 40, p. 111), et de Bruxelles, 28 nov. 1810 (*J. Av.*, t. 21, p. 35; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.2.362); 26 déc. 1827 et 13 juill. 1836 (*Journ.* de cette Cour, 1836, p. 453); la seconde, par un arrêt de Nîmes, 21 déc. 1810 (*J. Av.*, t. 21, p. 36).

Un troisième cas peut se présenter : celui où le légataire universel n'a pas fait notifier son titre; l'héritier légitime est alors en droit de faire apposer les scellés, comme l'a jugé avec raison, la Cour d'Amiens, 7 mars 1806 (*J. Av.*, t. 21, p. 20). *Voy.*, au surplus, sur ces divers points, MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 698, not. 44, et FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 91.]]

3065. *Les domestiques peuvent-ils requérir l'apposition ?*

Oui, mais seulement en cas d'absence du conjoint. (LOCRÉ, t. 4, p. 198.)

[[Les termes de l'art. 909, n° 3, ne permettent aucun doute sur ce point.]]

3066. *Le juge de paix peut-il refuser d'apposer les scellés, lorsqu'il en est requis par une partie* AYANT QUALITÉ ?

Non, sans contredit; autrement, la disposition de la loi serait inutile. (*Voy.* DEMIAU-CROUZILHAC, *ubi suprà.*)

Mais on remarquera que nous n'entendons pas exprimer par ces mots, *ayant qualité*, que la partie soit tenue de justifier de sa qualité au juge de paix; nous entendons qu'il suffit qu'elle requière l'apposition sous une des qualités mentionnées dans l'article, sauf à discuter ensuite la légitimité de son droit.

[[Il semblerait résulter de ces dernières explications de M. Carré, qu'un individu, pour faire apposer les scellés, n'a d'autres obligations à remplir que de s'attribuer la qualité d'ayant droit, sans avoir besoin de justifier sa prétention par aucune preuve, aucune présomption, aucune conséquence juridique. Posée en ces termes, la solution de notre auteur nous paraîtrait mal fondée, et c'est ce que nous pourrions induire des arrêts de Cassat., 25 nov. 1818 (*J. Av.*, t. 21, p. 59; DEVILL., *Collect. nouv.*, 5.1.552); de Bruxelles, 18 mai 1807 (*J. Av.*, t. 21, p. 22), et de la doctrine de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 96. On conçoit d'ailleurs combien il serait facile d'éluder, par ce moyen, le vœu de la loi, qui restreint à certaines personnes la faculté de demander l'apposition des scellés, mais nous pensons qu'il ne faut pas prendre à la rigueur les expressions de M. Carré, qui n'a voulu dire autre chose, sinon que le juge de paix n'a pas à s'enquérir du point de savoir si l'état du réclamant, justifié d'ailleurs, peut être contesté en justice, et cette décision, sanctionnée par deux arrêts de Paris, 6 août 1811 (*J. Av.*, t. 21, p. 40), et 7 déc. 1829 (*J. Av.*, t. 39, p. 73),

---

(1) [Il est certain, d'ailleurs, que l'héritier testamentaire ne perd pas, par ce seul fait, le droit de former la même demande; V. *Quest.*, 3066.]

nous semble parfaitement juste, puisqu'il ne s'agit ici que d'une mesure conservatoire, urgente et utile à toutes les parties.]]

[[3066 bis. *Que devrait faire le requérant si, nonobstant la solution précédente, le juge de paix refusait d'apposer les scellés?*

Nous pensons qu'il y aurait lieu de se pourvoir en référé devant le président du tribunal, conformément à la disposition de l'art. 921, à moins que le juge de paix ne refusât d'une manière absolue et sans donner de motifs, auquel cas il y aurait, de sa part, déni de justice.]]

3067. *Un mineur non émancipé, âgé de quinze ans au moins, pourrait-il requérir l'application des scellés?*

Oui, en cas d'absence ou d'inaction de son tuteur, ou si nul proche parent ne voulait agir pour lui. (BOUSQUET, *Fonctions des juges de paix en matière civile non contentieuse,* p. 22.)

[[L'apposition des scellés étant une mesure conservatoire qui ne peut nuire à personne, et qui, dans certains cas, doit être faite d'office par le juge de paix, nous ne voyons pas sur quoi le magistrat se fonderait, pour repousser, d'une manière absolue, la demande du mineur, surtout lorsque celui-ci prétend que son tuteur est absent, et que nul de ses parents n'a voulu agir pour lui. L'article 910 ne parle, il est vrai, que du mineur émancipé, et n'attribue qu'à lui la faculté de requérir cette apposition sans assistance. Aussi le juge de paix devra-t-il vérifier l'opportunité de cette mesure; et s'il est convaincu qu'il est urgent d'y pourvoir, il l'ordonnera, non pas, si l'on veut, à la réquisition du mineur, mais de son propre mouvement, comme la loi l'y autorise.]]

[[3067 bis. *Si le mineur émancipé néglige de requérir l'apposition des scellés, son curateur peut-il le faire en son lieu et place ?*

Bien que l'art. 911 ne prévoie pas ce cas, nous pensons, avec M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 581, que l'affirmative ne présente aucune difficulté. L'art. 482, Cod. civ., qui rend l'assistance du curateur indispensable dans certaines circonstances, la permet implicitement dans toutes celles sur lesquelles il ne s'explique pas.]]

ART. 911. Le scellé sera apposé, soit à la diligence du ministère public, soit sur la déclaration du maire ou adjoint de la commune, et même d'office par le juge de paix,

1° Si le mineur est sans tuteur, et que le scellé ne soit pas requis par un parent;

2° Si le conjoint, ou si les héritiers ou l'un d'eux sont absents;

3° Si le défunt était dépositaire public; auquel cas le scellé ne sera apposé que pour raison de ce dépôt et sur les objets qui le composent.

Tarif, 94. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 406, n° 5.] — Loi du 6 mars 1791, art. 7. — Cod. civ., art. 819. — Cod. proc. civ., art. 914. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Scellés et inventaire;* n° 16. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n°s 1, 18 à 29. — Locré, t. 23, p. 342, n° 3.

QUESTIONS TRAITÉES : Les scellés peuvent-ils être apposés dans tout autre domicile que celui du défunt? Q. 3067 *ter.*—L'expression *mineur sans tuteur* comprend-elle le cas de non-présence du tuteur ? Q. 3068.— Les scellés doivent-ils être apposés d'office, lorsqu'il n'a pas encore été nommé de subrogés tuteurs aux mineurs placés sous la garde de leur père, mère et autres ascendants indiqués par la loi? Q. 3069. — Cette proposition s'appliquerait-elle au cas où les père et mère seraient eux-mêmes mineurs ? Q. 3070. — Si les père et mère, tuteurs légaux de leur enfant mineur, refusent la

succession qui lui est adressée ou négligent de prendre les mesures conservatoires, le ministère public peut-il requérir d'office, ou le juge de paix effectuer la levée des scellés? *Q*. 3070 *bis*. — L'inventaire fait par les père et mère, même avec prisée, dans un testament par lequel ils légueraient leur mobilier à un enfant, dispenserait il de l'apposition des scellés ? *Q*. 3071. — En quel sens doit-on prendre le mot absent, dans l'art. 911 ? *Q* 3072. — De ce que le troisième paragraphe de l'article 911 limite l'apposition des scellés chez un dépositaire, au dépôt et aux objets qui le composent, résulte-t-il qu'elle ne puisse avoir lieu sur les meubles, effets, titres et papiers particuliers? *Q*. 3073. — Les scellés peuvent-ils être apposés à la diligence du ministère public, ou d'office par le juge de paix, sur les papiers d'un individu, à raison des fonctions qu'il a été appelé à remplir dans l'Etat? *Q*. 3073 *bis*. — Dans le cas où le juge de paix doit apposer les scellés d'office, serait-il responsable des dommages des parties intéressées, s'il refusait de déférer à l'invitation qui lui serait faite de remplir cette charge de son ministère ? *Q*. 3074.]

DLXVII. L'art. 911 veut que le juge de paix agisse d'office dans certains cas. Il doit, en effet, plus encore que d'autres, veiller pour ceux qui ne sont pas à portée de veiller par eux-mêmes à leurs droits; mais il ne lui est pas permis de prévenir ou de suppléer la vigilance des héritiers, s'ils sont tous présents, ou celle des tuteurs ou curateurs, qui sont responsables et qui peuvent avoir de justes motifs d'éviter des formalités et des frais superflus.

Ainsi, la justice ne porte point des regards indiscrets dans l'intérieur des familles, lorsque son intervention ne sera pas réclamée par les parties ou par la nécessité. Le motif de prévenir la négligence des tuteurs, des abus possibles, n'autorise pas à une surveillance inquiétante, qui deviendrait elle-même un abus certain et général. Les tuteurs, qui souvent sont les pères ou les mères, et qui toujours doivent en avoir les sentiments, sont investis, comme les juges de paix, de la confiance de la loi. Les juges de paix ne sont tuteurs, à cet égard, que de ceux qui n'en ont point.

Les scellés, comme nous l'avions dit au n° 2825 de notre *Analyse*, ne peuvent donc être apposés d'office que dans l'un des trois cas mentionnés dans l'article 911. (Voy. *Exposé des motifs* par M. Siméon.)

[[**3067** ter. ***Les scellés peuvent-ils être apposés dans tout autre domicile que celui du défunt?***

Il arrive trop souvent que des tiers, mus par des sentiments de cupidité, enlèvent de la maison d'un mourant, qui ne peut plus surveiller ses intérêts, les meubles et effets qui la garnissent, ce qui donne une importance réelle à la question de savoir si les héritiers, les créanciers, etc., sont en droit de requérir l'apposition des scellés dans la maison où ils supposent que ces objets se trouvent, pour en constater plus facilement l'identité.

Sur ce point, et quelque légitimes que paraissent, au premier abord, les prétentions du demandeur, nous ne croyons pas qu'il y ait lieu d'ordonner une mesure aussi gênante, on pourrait dire aussi vexatoire et aussi contraire aux principes sur lesquels repose l'inviolabilité du domicile. Si les meubles ont effectivement été placés dans une maison tierce, c'est aux réclamants à constater le fait et à en poursuivre la répression par toutes voies de droit. Mais ce n'est pas là une raison pour frapper d'une manière absolue et paralyser, sur un simple soupçon, le droit de tout propriétaire d'user, comme il lui plaît, de son propre mobilier. Les Cours d'Amiens, 6 déc. 1811 (*J. Av.*, t. 21, p. 43; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.2.595), et de Bruxelles, 17 janv. 1828, ont résolu la question dans ce sens. L'opinion contraire semble, il est vrai, résulter d'un arrêt de Bourges, 17 janv. 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 659); mais il faut considérer que, dans l'espèce, la personne de la succession de laquelle il s'agissait, avait quitté, très peu de temps avant sa mort, la maison dans laquelle l'apposition des scellés était requise, et que son mobilier s'y trouvait encore; c'est sur ces circonstances que s'est fondée la Cour de Bourges pour justifier la validité d'une semblable mesure.

Si, du reste, le mobilier appartenant à un tiers se trouvait, dans la maison commune, confondu avec le mobilier dépendant de la succession, l'apposition des scellés sur le tout ne donnerait pas lieu à des dommages-intérêts contre celui des héritiers qui l'aurait requise : Rennes, 24 nov. 1817 (*J. P.*, 3e éd., t. 14, p. 510). *Voy.* cependant un arrêt de Bordeaux, 22 août 1827 (*Gazette des tribun.*, numéro du 11 septembre).]]

3068. *L'expression* MINEUR SANS TUTEUR *comprend-elle le cas de non-présence du tuteur?*

Oui, à moins que le tuteur n'eût laissé procuration à l'effet de le représenter, avec clause expresse de s'opposer à l'apposition des scellés, dans le cas de tel ou tel décès. (BOUSQUET, p. 28.)

[[Cette solution est très sage. Cependant M. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 92, dit que, hors des cas expressément déterminés par la loi, le juge de paix ne doit pas apposer les scellés d'office, parce que ce serait porter dans les familles une surveillance inquiétante qui deviendrait un véritable abus.

Ces raisons ne nous paraissent pas suffisantes pour repousser l'opinion de M. Carré. Si quelquefois des abus peuvent résulter de ce mode d'action, il est certain que l'intérêt des mineurs, joint à la circonspection habituelle des juges de paix dans les appositions de scellés, doit l'emporter.]]

3069. *Les scellés doivent-ils être apposés d'office, lorsqu'il n'a pas encore été nommé de subrogés tuteurs aux mineurs placés sous la garde de leurs père, mère et autres ascendants indiqués par la loi?*

Cette question est résolue pour la négative, dans le *Nouv. Répertoire*, au mot *Scellé*, § 3, t. 11, p. 709, attendu qu'en cette circonstance on ne peut dire que le mineur soit sans tuteur.

Il faut remarquer que cette décision n'est point une simple opinion, mais le résultat d'un rapport fait par le ministre de la justice, et renvoyé au conseil d'Etat, et de la réponse du président de la section de législation.

Dans cette réponse, il est dit qu'il n'a point été dans l'intention du Code civil de donner aux juges de paix la mission d'apposer les scellés d'office dans les maisons où le père ou la mère survit ; que toute difficulté sera levée par une disposition du Code de procédure; et, en effet, depuis cette lettre du 18 mars 1806, ce Code a été publié, et l'art. 911 a été appliqué par le ministre en ce sens que les juges de paix doivent s'abstenir, dans le cas de la question ci-dessus, d'apposer les scellés d'office.

C'est pourquoi M. le procureur général près la Cour royale de Rennes écrivait à MM. les procureurs royaux de son ressort, le 5 avril 1808, de faire observer aux juges de paix qu'en agissant autrement, et en percevant des vacations pour ces sortes d'appositions, ils s'exposeraient à être poursuivis comme concussionnaires; qu'ils avaient seulement à veiller à ce que le tuteur légal convoquât promptement le conseil de famille, pour la nomination du subrogé tuteur, faute de quoi ils devaient faire eux-mêmes cette convocation d'office, conformément aux dispositions de l'art. 421, Cod. civil (1).

[[Nous n'avons rien à ajouter à ces explications.]]

(1) *Voy.* la critique de cette proposition dans l'ouvrage de M. BIRET, aux mots *Scellés*, t. 2, p. 262, et *Tutelle du père et de la mère*, p. 279. Nonobstant les raisons exposées par cet auteur, la proposition n'en est pas moins certaine. Ainsi, l'on ne peut que désirer sur ce point une décision législative qui prévienne les inconvénients qu'il signale.

3070. *Cette proposition s'appliquerait-elle au cas où les père et mère seraient eux-mêmes mineurs?*

Les rédacteurs des *Annales du notariat*, t. 13, p. 349, maintiennent [[avec raison]] l'affirmative, et l'on peut dire en effet que l'art. 911 est général et ne distingue point si le tuteur est majeur ou mineur; qu'il ne veut qu'une chose, c'est que le mineur soit pourvu de tuteur : or, les père et mère mineurs étant tuteurs de leurs enfants, il n'y a aucune raison pour faire exception, à leur égard, à la règle qui interdit l'apposition des scellés.

[[**3070** bis. *Si les père et mère, tuteurs légaux de leur enfant mineur, refusent la succession qui lui est dévolue, ou négligent de prendre les mesures conservatoires, le ministère public peut-il requérir d'office, ou le juge de paix effectuer l'apposition des scellés?*

M. Carré, dans ses *cartons*, atteste que l'espèce qui donne lieu à cette question a passé sous ses yeux, et il se demande quelles sont les mesures à prendre en pareil cas. D'abord nous ne voyons point pourquoi le ministère public ne pourrait pas d'office réclamer l'apposition des scellés : n'est-il pas le protecteur naturel des mineurs? L'art. 911 suppose, il est vrai, qu'il n'existe pas de tuteur : mais lorsque ce dernier ne remplit pas ses devoirs, n'est-il pas dans les fonctions du ministère public de suppléer, jusqu'à un certain point, à cet oubli? C'est ce qu'il est permis de considérer comme la véritable pensée de la loi.

Mais ce n'est pas au ministère public, en premier lieu, c'est au subrogé tuteur à empêcher que nul préjudice ne soit causé à l'enfant, dans les cas où les intérêts de ce dernier et ceux du tuteur se trouveraient en contradiction : nul doute dès lors qu'il ne doive, dans ce cas, et sous sa responsabilité personnelle, réclamer l'apposition des scellés. S'il n'a pas encore été nommé de subrogé tuteur, il y a lieu de suivre les formes indiquées sous la *Quest.* 3069.

Dans le cas où le père et la mère existeraient et où il n'y aurait pas de subrogé tuteur, le ministère public pourrait, s'il y avait négligence, requérir d'office l'apposition des scellés.]]

3071. *L'inventaire fait par les père et mère, même avec prisée, dans un testament par lequel ils légueraient leur mobilier à un enfant, dispenserait-il de l'apposition des scellés?*

Non [[évidemment]]. (*Voy.* Bousquet, p. 35.)

3072. *En quel sens doit-on entendre le mot* ABSENT, *dans l'art.* 911?

On doit le prendre dans les deux sens : *absent du lieu*, quoique existant, ou *absent présumé ou déclaré*, suivant les dispositions du Code civil, lorsque, dans ce dernier cas, la succession est échue avant l'absence. (*Voy.* les art. 135 et 136, Cod. civ., l'art. 942 ci-après, et Pigeau, t. 2, p. 552.)

[[M. Favard de Langlade, t. 5, p. 92 pense que l'expression *absent* s'applique au non-présent, mais nous préférons l'interprétation de M. Carré.]]

3073. *De ce que le troisième paragraphe de l'art.* 911 *limite l'apposition des scellés chez un dépositaire au dépôt et aux objets qui le composent, résulte-t-il qu'elle ne puisse avoir lieu sur les meubles, effets, titres et papiers particuliers?*

Non; mais alors, dit M. Biret, p. 253, le juge de paix doit rédiger deux ac-

tes séparés, l'un concernant le dépôt, l'autre le mobilier de la succession (1).

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 620 et 621, établit une distinction entre les dépositaires d'écrits et les dépositaires de deniers. Pour les premiers, cet auteur ne permettrait l'apposition que sur les actes, et pour les seconds, sur la caisse et les papiers qui la concernent. Il semblerait résulter de là que les scellés doivent être taxativement apposés sur certains objets et non sur tous ceux qui dépendent de la succession. On peut, cependant, concilier cette opinion avec celle de M. Carré, en soutenant que la mesure sera générale, qu'il y aura lieu seulement de rédiger deux actes distincts : ce qui nous ramène au point de savoir si cette dernière marche est légale et opportune. Sa légalité ne peut être mise en doute; mais est-il facile, est-il toujours possible de la suivre? Comment le juge de paix distinguera-t-il les objets du dépôt de ceux de la succession? Le moyen employé par le tribunal de Paris, dans l'affaire *Barras*, dont il est parlé sur la question suivante, et prescrit d'ailleurs en certains cas par un déc. du 6 pluv. an II (*J. Av.*, t. 21, p. 15), nous paraît bien préférable. L'apposition embrassera l'universalité des meubles; mais sur la requête des héritiers, il sera procédé à une première levée des scellés et au triage des objets qui seraient reconnus appartenir à l'Etat : ces derniers seront remis à son délégué, présent à l'opération, lequel en donnera décharge sur le procès-verbal : ainsi se trouvent, ce nous semble, conciliés tous les intérêts et toutes les convenances.]]

[[**3073 bis.** ***Les scellés peuvent-ils être apposés, à la diligence du ministère public, ou d'office par le juge de paix, sur les papiers d'un individu, à raison des fonctions qu'il a été appelé à remplir dans l'Etat?***

L'art. 911 n'autorise cette manière d'agir qu'à l'égard des dépositaires publics, et seulement quant aux objets qui composent le dépôt. On peut dire, il est vrai, que d'importantes fonctions qu'aurait exercées le défunt la rendent plus nécessaire encore, en ce qu'elles impliquent de la part de l'Etat un droit, et comme une espèce de mandat dont il importe d'assurer le secret. D'un autre côté, on objecte que l'art. 911 suppose le dépositaire public en fonctions à l'époque de sa mort, ce qui justifie l'apposition des scellés : mais sa disposition, étant limitative, ne peut s'étendre à d'autres personnes, surtout à celles qui depuis longtemps auraient cessé de participer aux affaires de l'Etat.

La question s'est présentée devant la Cour de Paris, le 8 mai 1829 (*J. P.*, 3e éd., t. 22, p. 995), à l'occasion d'une apposition de scellés effectuée sur les papiers de Barras, ancien membre du directoire; cette Cour a jugé que l'exercice de fonctions aussi importantes conférait à l'Etat un titre *apparent*, suffisant pour procéder à cette mesure. C'est donc sur l'art. 909, § 2, qu'elle s'est fondée pour la justifier. Peut-être l'interprétation de ce texte passera-t-elle pour trop subtile. Nous n'en pensons pas moins que les motifs qui ont dicté le § 3 de l'art. 911 s'appliquent à plus forte raison au cas actuel, et qu'il est tels papiers dont il importe tout autant à l'Etat de s'assurer la conservation que

---

(1) On met au rang des dépositaires les officiers généraux ou autres supérieurs militaires. (Arrêté du 13 niv. an XII.)

[L'art. 1er de cet arrêté porte que « les « scellés seront apposés par le juge de paix, « en présence du maire du lieu ou de son « adjoint, sur les papiers, plans, cartes et « mémoires des officiers généraux, des in« specteurs aux revues, des officiers de « santé en chef des armées, des officiers su« périeurs de toute arme, retirés ou en ac« tivité de service, aussitôt leur décès, « excepté cependant sur les plans, cartes et « mémoires dont le décédé serait l'auteur;

« Et seront tenus les juges de paix et « maires, respectivement, d'en instruire de « suite le général, commandant la divisions « et le ministre de la guerre. »]

celle des objets qui composent un dépôt public. Il ne s'agit d'ailleurs ici que d'une simple mesure de précaution, qui ne blesse aucun intérêt.

En adoptant cette doctrine, la Cour de Gand, 22 déc. 1834 (*Journ.* de Bruxelles, 1835, t. 2, p. 132), est allée jusqu'à décider que l'Etat peut requérir l'apposition des scellés, lors même que les papiers sont passés entre les mains des tiers, par suite du partage de la succession, pourvu qu'ils soient d'ailleurs bien reconnaissables.]]

3074. *Dans le cas où le juge de paix doit apposer les scellés d'office, serait-il responsable des dommages des parties intéressées, s'il refusait de déférer à l'invitation qui lui serait faite de remplir cette charge de son ministère?*

Oui, sans doute; il y aurait lieu en cette circonstance à l'application du principe posé dans l'art. 1382, Cod. civil.

[[Cette solution ne nous paraît pas pouvoir souffrir de difficulté.]]

ART. 912. Le scellé ne pourra être apposé que par le juge de paix des lieux ou par ses suppléants.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 406, n° 4.] — Loi du 6 mars 1791, art. 7. — Cod. proc. civ., art. 907, 913 et suiv. — Arm. Dalloz, v° *Scellés*, nos 30 et 31.
QUESTION TRAITÉE : Qu'est-ce que l'on doit entendre par ce mot *lieux*, dans l'art. 912? *Q.* 3075.]

DLXVIII. Autrefois, et par l'effet de ce qu'on appelait *droit de suite* (1), si un homme décédait à Paris, par exemple, les mêmes officiers qui avaient apposé les scellés sur l'appartement où il était mort, devaient se transporter, pour faire l'opération, dans tous les lieux, quelque éloignés qu'ils fussent, où il pouvait avoir quelque habitation.

Ces excursions, qui étaient l'un des abus de l'ancienne jurisprudence, le plus onéreux aux parties, sont réprimées par l'article ci-dessus, qui prononce que le scellé ne pourra être apposé que par le juge de paix des lieux, ou par ses suppléants.

3075. *Qu'est-ce que l'on doit entendre par ce mot* LIEUX, *dans l'art.* 912?

On entend les communes où sont les effets, et non pas, comme autrefois, le lieu de l'ouverture de la succession. (Voy. *discours du tribun Gillet*, édit. de F. Didot, p. 342.)

« D'où il suit, dit M. PIGEAU, t. 2, p. 555, que si le défunt avait laissé, par exemple, deux maisons situées dans deux cantons différents, l'apposition serait faite dans *chacune* par le juge de paix de *chaque* lieu. »

Il faut remarquer que cette compétence exclusive de chaque juge de paix doit être observée dans le cas même où une maison limitrophe du canton aurait des dépendances sur le canton voisin. (Voy *Manuel* de LEVASSEUR, p. 128, n° 242.)

[[MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 622, et BERRIAT SAINT-PRIX, t. 2, p. 691, adoptent l'opinion de M. Carré, à laquelle nous adhérons aussi.

Dans le cas où les juges de paix et suppléants seraient tous empêchés, nous pensons que la partie intéressée aurait le droit de se pourvoir en référé, devant

---

(1) *Droit de suite.* — Ce mot se disait autrefois du privilége accordé à certains officiers, de continuer, dans toute l'étendue du royaume, les affaires ou opérations qu'ils avaient compétemment commencées.

le président, pour obtenir que le juge de paix le plus voisin fût commis aux fins de procéder à l'apposition des scellés.]]

Art. 913. Si le scellé n'a pas été apposé avant l'inhumation, le juge constatera, par son procès-verbal, le moment où il a été requis de l'apposer, et les causes qui ont retardé, soit la réquisition, soit l'apposition.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 408, n° 13. — Locré, t. 23, p. 343, n° 4, p. 299, n° 3. Question traitée : Pourrait-on, sous prétexte de conserver les effets de la succession, apposer les scellés avant le décès du malade? *Q.* 3076.]

DLXIX. Le but du scellé étant de prévenir les soustractions, il importe de l'apposer aussitôt après le décès; mais il pourrait arriver que l'on différât d'y procéder jusqu'après l'inhumation. Pour ce cas, la loi veut que le retard soit mentionné et que les causes en soient expliquées, parce qu'elles peuvent mettre sur les traces des fraudes qui pourraient avoir été commises.

3076. *Pourrait-on, sous prétexte de conserver les effets de la succession, apposer les scellés avant le décès du malade?*

Denisart, v° *Scellé*, n° 19, rapporte un arrêt du 2 septembre 1761, qui le défend expressément; et certes il n'est pas besoin d'insister pour prouver que cette décision doit être suivie sous l'empire du Code. Les raisons de morale et de justes convenances qui la justifient sont trop faciles à saisir.

[[Il est évident que la controverse ne pouvait pas s'élever sur une pareille question. Aussi la solution donnée par M. Carré est-elle approuvée par MM. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 691, et Thomine Desmazures, t. 2, p. 529.

M. Pigeau pose une espèce qui se présentera bien rarement, mais que nous ne devons pas passer sous silence. Il examine le point de savoir si l'apposition devrait être faite au cas de réquisition du malade. Nous pensons avec lui que le juge de paix serait tenu d'apposer les scellés, parce que le malade peut bien veiller à ce que sa succession ne soit pas dilapidée, et soit au contraire conservée pour ceux qui seront ses héritiers.]]

Art. 914. Le procès-verbal d'apposition contiendra,

1° La date des an, mois, jour et heure;

2° Les motifs de l'apposition;

3° Les noms, profession et demeure du requérant, s'il y en a, et son élection de domicile dans la commune où le scellé est apposé, s'il n'y demeure;

4° S'il n'y a pas de partie requérante, le procès-verbal énoncera que le scellé a été apposé d'office, ou sur le réquisitoire ou sur la déclaration de l'un des fonctionnaires dénommés dans l'article 911;

5° L'ordonnance qui permet le scellé, s'il en a été rendu;

6° Les comparutions et dires des parties;

7° La désignation des lieux, bureaux, coffres, armoires, sur les ouvertures desquels le scellé a été apposé;

8° Une description sommaire des effets qui ne sont pas mis sous les scellés;

9° Le serment, lors de la clôture de l'apposition, par ceux qui de-

meurent dans le lieu, qu'ils n'ont rien détourné, vu ni su qu'il ait été rien détourné directement ni indirectement;

10° L'établissement du gardien présenté, s'il a les qualités requises, sauf, s'il ne les a pas, ou s'il n'en est pas présenté, à en établir un d'office par le juge de paix (1).

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 408, nos 15 à 19. — Notre Dict. gén. proc., v° *Scellés et inventaires*, nos 33 à 35.—Arm. Dalloz, v° *Scellés*, n° 32.— Locré, t. 23, p. 271, n° 7, et p. 300, n° 4.
QUESTIONS TRAITÉES : Quoique le juge de paix ait reçu le serment dont il s'agit dans l'art. 914, § 9, les parties intéressées peuvent-elles en déférer un autre, et n'en ont-elles pas moins le droit de prouver que les effets de la succession ont été détournés? *Q*. 3077. — Quelles sont les qualités requises pour qu'un individu soit constitué gardien de scellés? *Q*. 3078. — Doit-il y avoir autant de gardiens qu'il a été fait d'appositions de scellés, en divers lieux ou par divers juges de paix? *Q*. 3079. — Que doit faire le juge de paix, lorsqu'il n'y a aucun objet susceptible d'apposition de scellés, ou qu'il se trouve seulement des effets nécessaires à l'usage des enfants? *Q*. 3080 (2).]

3077. *Quoique le juge de paix ait reçu le serment dont il s'agit dans l'article* 914, § 9, *les parties intéressées peuvent-elles en déférer un autre, et n'en ont-elles pas moins le droit de prouver que les effets de la succession ont été détournés?*

Cette question a été décidée pour l'affirmative, par arrêt de la Cour de Turin du 7 fév. 1807 (S., 15.2.203), attendu que la loi, en prescrivant le serment dont il s'agit, indépendamment du fait des parties intéressées dans la succession, n'a pas voulu les priver du droit de prouver que des effets héréditaires aient été réellement détournés.

En effet, une mesure que la loi adopte pour s'assurer de la fidélité des détenteurs de ces effets, ne saurait les mettre à l'abri de toute recherche de la part des héritiers, puisque cette mesure est prise sans leur participation.

[[Cette interprétation a été adoptée, avec raison, par MM. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 510; FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 93, et PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 623.]]

3078. *Quelles sont les qualités requises pour qu'un individu soit constitué gardien des scellés?*

La loi ne désigne pas ces qualités; mais il nous paraît évident qu'elle a entendu exiger celles qui sont requises en cas de saisie, art. 598.

---

(1) Décret du 10 brum. an XIV (*J. Av.*, t. 21, p. 20) :

Art. 1er. Tous officiers ayant droit d'apposer des scellés, de les reconnaître et de les lever, de rédiger des inventaires, de faire des ventes ou autres actes dont la confection peut exiger plusieurs séances, sont tenus d'indiquer, à chaque séance, l'heure du commencement et celle de la fin.

2. Toutes les fois qu'il y a interruption dans l'opération, avec renvoi à un autre jour ou à une autre heure de la même journée, il en sera fait mention dans l'acte, que les parties et les officiers signeront sur-le-champ, pour constater cette interruption.

3. Le procès-verbal est sujet à l'enregistrement dans le délai fixé par la loi.

4. Le droit d'enregistrement, fixé à deux francs par vacation, est exigible par vacation, dont aucune ne peut excéder quatre heures.

(2) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Les juges de paix ont le droit de taxer les frais d'un gardien, qu'ils ont établi pour la conservation des scellés, à quelque taux que ces frais puissent s'élever. Cass., 15 mars 1814 (*J. Av.*, t. 16, p. 627; DEVILL. *Collect. nouv.*, 4.1.546);

2° Un ambassadeur étranger ne peut être constitué *gardien judiciaire* de caisses trouvées sous les scellés, et portant l'adresse et les armoiries d'un sujet du souverain qu'il représente. Paris, 19 mai 1829 (*Gazette des tribunaux*, n° du 20 mai).]

Cependant M. PIGEAU, t. 2, p. 556, estime que si le gardien est pris parmi ceux qui ont droit dans la succession ou la communauté, il suffit qu'il soit majeur et capable de s'engager, son intérêt étant garant de sa responsabilité, et que, par cette raison, on peut prendre une femme, par exemple une héritière, quoiqu'elle devienne gardienne judiciaire et ne puisse s'engager par corps.

M. DELAPORTE, t. 2, p. 439, dit au contraire qu'on ne doit choisir que des personnes qui puissent être contraignables par corps, et qu'on ne doit donner cette charge ni à des femmes, ni à des mineurs.

Telle est aussi l'opinion de M. Thomine Desmazures, fondée sur les lois des 20 niv. an II et 6 vend. an III ; opinion que nous croyons très prudent de suivre, quoiqu'on soit assez dans l'usage de confier la garde à des femmes, même *domestiques*, ce qui est encore un plus grand abus. (Voy. *Pratic.*, t. 5, p. 210.)

[[Suivant les lois des 6 et 21 vend. an III, les femmes ne peuvent être établies gardiennes des scellés apposés sur les meubles et effets appartenant à l'Etat; elles ne peuvent non plus l'être en matière criminelle et correctionnelle, aux termes de l'art. 38 du décret du 18 juin 1811. M. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 93, conclut de là que les femmes peuvent, lorsqu'il y a nécessité, être gardiennes des scellés dans tous les autres cas.

Il n'existe point de règles positives à cet égard; tout est donc laissé à l'arbitraire du juge de paix, qui, néanmoins, agira sagement en choisissant toujours un gardien solvable.]]

3079. *Doit-il y avoir autant de gardiens qu'il a été fait d'appositions de scellés en divers lieux ou par divers juges de paix?*

L'affirmative nous paraît [[évidemment]] conforme à l'esprit de la loi.

3080. *Que doit faire le juge de paix, lorsqu'il n'y a aucun objet susceptible d'apposition de scellés, ou qu'il se trouve seulement des effets nécessaires à l'usage des enfants?*

On conçoit qu'il doit dresser, en ce cas, un procès-verbal de carence, et que s'il ne se trouvait que des effets nécessaires à l'usage des gens de la maison, il doit se borner à en faire la description.

De tels procès-verbaux ont aussi leur utilité ; ils tiennent lieu d'inventaire pour la succession des indigents. (*Voy.* art. 924, et THOMINE DESMAZURES, p. 342.)

[[Cette marche est expressément prescrite par l'art. 924 précité.]]

ART. 915. Les clefs des serrures sur lesquelles le scellé a été apposé resteront, jusqu'à sa levée, entre les mains du greffier de la justice de paix, lequel fera mention, sur le procès-verbal, de la remise qui lui en aura été faite; et ne pourront le juge ni le greffier aller, jusqu'à la levée, dans la maison où est le scellé, à peine d'interdiction, à moins qu'ils n'en soient requis, ou que leur transport n'ait été précédé d'une ordonnance motivée.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 409, nos 20 à 29. — Arm. Dalloz, v° *Scellés*, n° 32.
QUESTIONS TRAITÉES : La défense faite au juge et au greffier d'aller dans la maison où est le scellé ne se rapporte-t-elle qu'au cas où la maison est inhabitée? *Q.* 3081. — Le tribunal a-t-il qualité pour interdire, soit le juge de paix, soit le greffier, dans le cas de l'art. 915 ? *Q.* 3081 *bis*. — En quelle forme doit être rendue l'ordonnance qui précède le transport ? *Q.* 3081 *ter*.]

3081. *La défense faite au juge et au greffier d'aller dans la maison où est le scellé ne se rapporte-t-elle qu'au cas où la maison est inhabitée ?*

La Cour d'Orléans faisait, sur l'art. 966 du projet, correspondant à notre article 915, l'observation que la disposition ne devait s'entendre que d'une maison inhabitée ; mais les auteurs du *Prat.*, t. 5, p. 212, remarquent avec raison que le Code n'a point distingué.

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 541, adopte cette solution ; il est évident que la maxime *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* doit ici recevoir son application.]]

[[**3081** bis. *Le tribunal a-t-il qualité pour interdire, soit le juge de paix, soit le greffier, dans le cas de l'art.* 915?

Cette question, que M. Carré se posait dans ses *cartons* sans la résoudre, n'a été, à notre connaissance, examinée par aucun auteur. Nous croyons trouver l'affirmative dans les termes de l'art. 50 de la loi du 20 avril 1810, qui attribue au tribunal entier, dans la chambre du conseil, le droit de prononcer contre le juge de paix la censure simple, la censure avec réprimande et la *suspension provisoire*.

Il ne nous paraît pas que, par ce mot d'*interdiction*, la loi ait entendu la perte absolue des fonctions; car cette peine serait bien sévère pour le fait à raison duquel statue l'art. 915, et qui implique une inconvenance, mais non pas nécessairement une *fraude*. D'un autre côté, il s'agit là d'une peine, comme le déclare l'article lui-même ; et d'une peine qui ne peut être que la suspension des fonctions, celle par conséquent que prononce le tribunal, aux termes de l'art. 50 ou, à son défaut, la Cour, ainsi que le prescrit l'art. 55.]]

[[**3081** ter. *En quelle forme doit être rendue l'ordonnance qui précède le transport ?*

Cette ordonnance est rendue, ou sur une requête en brevet, comme dans le cas où il s'agit d'obtenir la permission d'apposer les scellés (Tarif, art. 78, § 13); ou sur une assignation en référé, lorsqu'il y a contestation entre les ayants droit. (*Voy.* notre *Comment. du Tarif*, t. 2, p. 409, n° 21.)]]

ART. 916. Si, lors de l'apposition, il est trouvé un testament ou autres papiers cachetés, le juge de paix en constatera la forme extérieure, le sceau et la suscription, s'il y en a, paraphera l'enveloppe avec les parties présentes, si elles le savent ou le peuvent, et indiquera les jour et heure où le paquet sera par lui présenté au président du tribunal de première instance; il fera mention du tout sur son procès-verbal, lequel sera signé des parties, sinon mention sera faite de leur refus.

Tarif, 2, 3, 16 et 94. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 411, nos 30 à 41.] — Cod. civ., art. 276, 1007. — Cod. proc. civ., art. 920.

ART. 917. Sur la réquisition de toute partie intéressée, le juge de paix fera, avant l'apposition du scellé, la perquisition du testa-

ment dont l'existence sera annoncée; et, s'il le trouve, il procédera ainsi qu'il est dit ci-dessus.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 411.] Cod. proc. civ., art. 618 et 5.— [Locré, t. 23, p. 343, n° 5.
QUESTIONS TRAITÉES : Quel est le tribunal au président duquel le juge de paix doit présenter le testament ou autres papiers cachetés qu'il trouve lors de l'apposition? *Q.* 3082. — Si le juge de paix trouvait un testament olographe du défunt, mais que ce testament fût déchiré, n'en devrait-il pas moins se conformer aux dispositions de l'art. 916? *Q.* 3083. — Que ferait le juge de paix si, au lieu d'un testament olographe ou mystique, il trouvait une expédition d'un testament par acte public? *Q.* 3084.— La partie intéressée qui a requis la perquisition a-t-elle le droit, s'il est trouvé un papier qu'elle prétend être un testament, d'en donner lecture, ou d'exiger qu'elle soit faite à haute voix? *Q.* 3084 *bis.* —L'observation des formalités prescrites relativement aux testaments olographes ou mystiques peut-elle avoir quelque influence sur la validité ou l'invalidité du testament, de manière, par exemple, que leur omission le rendit sans effet? *Q.* 3085.— Quelles sont les personnes que l'art. 917 désigne par la dénomination de personnes intéressées? *Q.* 3086. —Le juge de paix pourrait-il d'office procéder à des perquisitions ayant pour but la découverte d'un testament? *Q.* 3086 *bis.*]

DLXX. Il est toujours urgent de connaître les testaments, qui sont la loi domestique des familles et des successions. Si l'on a des indices qu'il en existe quelqu'un, le juge de paix doit se conformer strictement aux précautions indiquées par l'article ci-dessus, afin qu'aux termes des art. 1007 et 1008, Cod. civil, le président du tribunal donne au testament son attache, et le rende exécutoire.

3082. *Quel est le tribunal au président duquel le juge de paix doit présenter le testament ou autres papiers cachetés qu'il trouve lors de l'apposition?*

D'après l'art. 1007, Cod. civ., c'est au président du tribunal du lieu où la succession s'est ouverte que le testament doit être présenté.

Mais s'il est trouvé dans un arrondissement autre que celui de l'ouverture de la succession, M. LEPAGE, dans ses *Questions*, p. 607, et M. Hautefeuille estiment que, la formalité de l'ouverture et du dépôt de ce testament tenant à l'opération de l'apposition des scellés, c'est au président du tribunal du lieu où elle est faite que le juge doit le présenter.

M. PIGEAU, t. 2, p. 557, dit, au contraire, que cette présentation doit être faite, non au président du tribunal du lieu, mais à celui de la succession, parce que l'art. 1007 l'exige ainsi sans distinction.

Ainsi, dans ce cas, le juge de paix, après avoir constaté l'état extérieur du testament, comme le porte l'art. 916, doit l'envoyer au greffe du tribunal du lieu où la succession s'est ouverte, pour être présenté au président.

Telle est aussi notre opinion; car nous ne pensons pas que l'on doive admettre la distinction que fait M. Lepage, entre une présentation qui devrait être faite au président du lieu où l'on trouve le testament, parce qu'elle ne serait qu'une formalité de l'apposition des scellés, et une présentation à faire au président du lieu de l'ouverture de la succession, lorsqu'on voudrait faire exécuter le testament.

Il nous paraît certain que le législateur, dans l'art. 916, n'a eu en vue que l'exécution de l'art. 1007, Cod. civ. : c'est pour cela qu'il exige que le juge de paix présente le testament au président du tribunal de première instance.

Or, ce serait multiplier les formalités sans nécessité que d'exiger, comme M. Lepage, d'un côté, une présentation au président du tribunal du lieu, qui se bornerait, suivant lui, à ordonner le dépôt chez un notaire, et de l'autre, après ce dépôt, une présentation par les parties intéressées au président du tribunal du lieu de l'ouverture de la succession.

Il est plus simple, et tel est, croyons-nous, avec M. Pigeau, le vœu de l'ar-

ticle 916, que le juge de paix adresse de suite le testament au greffe du tribunal.

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 544, reproduit l'opinion de M. Lepage; mais nous pensons, avec MM. Carré et Pigeau, et par les motifs ci-dessus exposés, que la présentation du testament doit être faite au président du lieu de l'ouverture de la succession. C'est aussi l'opinion de MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 692, not. 14, et FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 93.]]

3083. *Si le juge de paix trouvait un testament olographe du défunt, mais que ce testament fût déchiré, n'en devrait-il pas moins se conformer aux dispositions de l'art.* 916?

Nous croyons qu'il le devrait, si quelqu'un lui déclarait que ce serait par accident ou par malice que la lacération aurait eu lieu au moment du décès, ou ensuite, avant l'apposition des scellés.

[[Il est incontestable, en principe, que la lacération d'un testament olographe implique, de la part du défunt, révocation de l'expression de sa volonté : si donc, de l'accomplissement des formes de l'art. 916, il résultait quelques présomptions de la validité de cet acte, la solution de M. Carré serait certainement inexacte. Mais les explications données sous le n° 3085 expliquent et justifient la décision actuelle de notre auteur : il ne s'agit, en effet, que d'une simple mesure conservatoire, qui laisse intacts tous les droits, et dont l'absence serait préjudiciable aux parties qui entendent soutenir la validité du testament lacéré. Nous croyons donc que, lors même qu'aucune des parties présentes n'élèverait de réclamations, pour peu que le juge de paix supposât que la destruction de l'acte fût l'effet du dol et de la fraude, il devrait remplir à cet égard les formes de l'art. 916, sauf aux intéressés à débattre plus tard le fait devant les juges compétents.]]

3084. *Que ferait le juge de paix, si, au lieu d'un testament olographe ou mystique, il trouvait une expédition d'un testament par acte public?*

M. PIGEAU, t. 2, p. 558, pense avec raison que les mesures prescrites par les articles ci-dessus ne concernent point les testaments notariés, puisque la minute est entre les mains d'un homme public.

Ainsi, dans le cas proposé, le juge de paix peut ordonner que l'expédition sera mise sous le scellé, ou qu'elle restera jusqu'à la levée entre les mains de son greffier, pour être communiquée aux intéressés durant l'intervalle, et rapportée, lors de la levée, afin d'être inscrit sur l'inventaire.

[[Telle est aussi, et avec raison, l'opinion de M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 692.]]

[[**3084** bis. *La partie intéressée qui a requis la perquisition a-t-elle le droit, s'il est trouvé un papier qu'elle prétend être un testament, d'en donner lecture, ou d'exiger qu'elle soit faite à haute voix?*

Non, suivant M. PIGEAU, *Comm*, t. 2, p. 624, dont l'opinion nous paraît bien fondée ; la loi exige que la prudence préside aux perquisitions du juge de paix, pour que les secrets des familles ne soient pas légèrement dévoilés, et c'est dans ce but qu'elle exige la remise, entre les mains du président du tribunal civil, des papiers sur lesquels porte l'investigation. La partie intéressée peut d'ailleurs être ici un étranger, qui se prétend légataire, comme il est dit sur la *Quest.* 3086 : c'est donc le lieu d'observer, plus scrupuleusement encore que dans le cas de l'art. 916, les formes tracées par cette dernière disposition.]]

3085. *L'observation des formalités prescrites relativement aux testaments olographes ou mystiques peut-elle avoir quelque influence sur la validité ou l'invalidité du testament, de manière, par exemple, que leur omission le rendît sans effet?*

Ces formalités ne sont point *intrinsèques* ou *inhérentes* au testament ; elles ne sont prescrites qu'afin de conserver l'acte en faveur de ceux à qui il attribue des droits, et de fournir les moyens de lui imprimer le caractère public dont tout testament par acte privé doit être revêtu.

Il suit de là que l'observation ou l'omission de ces formalités ne contribue en rien, soit à la validité, soit à la nullité du testament.

[[Il est évident que l'inobservation de quelqu'une de ces formalités, ne peut, en aucune manière, influer sur la validité du testament. Telle est aussi l'opinion de M. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 625, qui invoque un arrêt de la Cour de Gênes du 29 déc. 1810 (S., 7.2.177; Devill., *Collect. nouv.*, 3.2.383).]]

3086. *Quelles sont les personnes que l'art.* 917 *désigne par la dénomination de personnes intéressées?*

Ce sont toutes celles qui croient avoir intérêt à l'existence d'un testament, comme un parent, un serviteur ou domestique, un ami, un enfant naturel reconnu ou non reconnu, le conjoint survivant, et même un étranger qui alléguerait que le défunt lui aurait fait un legs.

[[M. Thomine Desmazures, t. 2, p. 543, adhère à cette opinion qui est également la nôtre.]]

[[**3086** bis. *Le juge de paix pourrait-il d'office procéder à des perquisitions ayant pour but la découverte d'un testament?*

En termes plus généraux : *Quels sont les actes dont le juge de paix, en matière de scellés, a le droit de prendre l'initiative, sans être requis par les parties intéressées?*

La Cour d'Aix, le 28 juill. 1830 (*J. P.*, 3e édit., t. 23, p. 727), a décidé que le juge de paix ne peut, de son propre mouvement, faire ou autoriser des perquisitions ayant pour objet la découverte d'un testament ou de papiers quelconques, et cet arrêt nous paraît conforme au texte comme à l'esprit de l'article 921. *Voy.* aussi Locré, *Esprit du Code de procédure*, t. 4, p. 239.

En généralisant la question qui a donné lieu à cette difficulté, il est facile d'apercevoir que le juge de paix, en matière d'apposition de scellés, remplit, en quelque sorte, un rôle purement passif, et que toutes mesures autres que celles qu'autorise la loi sortent des limites de sa compétence. L'art. 911 lui permet, à la vérité, d'apposer d'office les scellés, dans certains cas qu'il détermine; et l'art. 912, d'établir, aussi d'office, un gardien, s'il ne lui en est pas présenté qui réunisse les qualités requises : mais il ne peut ni ouvrir les papiers cachetés qu'il trouverait, et dont la loi exige la remise au président du tribunal, ni se livrer à des perquisitions quelconques sans en être requis, ni même remettre à leur propriétaire des effets étrangers à la succession, s'il ne sont réclamés par lui (art. 939). C'est à raison de ces mêmes principes que nous décidons, sous les *Quest.* 3091 et 3093, que ce magistrat, en cas de contestation, ne doit pas être réputé partie ni assigné comme tel.]]

Art. 918. Aux jour et heure indiqués, sans qu'il soit besoin d'aucune assignation, les paquets trouvés cachetés seront présentés par

le juge de paix au président du tribunal de première instance, lequel en fera l'ouverture, en constatera l'état et en ordonnera le dépôt, si le contenu concerne la succession (1).

Tarif, 94. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 411, nos 42 à 44.] — Cod. civ. art. 1007.

ART. 919. Si les paquets cachetés paraissent, par leur suscription, ou par quelque autre preuve écrite, appartenir à des tiers, le président du tribunal ordonnera que ces tiers seront appelés dans un délai qu'il fixera, pour qu'ils puissent assister à l'ouverture ; il la fera au jour indiqué, en leur présence ou à leur défaut ; et si les paquets sont étrangers à la succession, il les leur remettra sans en faire connaître le contenu, ou les cachètera de nouveau pour leur être remis à leur première réquisition.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 414, nos 45 à 47. — Locré, t. 23, p. 272, n° 9 ; p. 343, n° 6 ; et p. 301, n° 5.]

ART. 920. Si un testament est trouvé ouvert, le juge de paix en constatera l'état, et observera ce qui est prescrit en l'article 916.

Tarif, 94. — Cod. proc. civ., art. 916 et suiv.

[QUESTIONS TRAITÉES : Le président doit il constater l'état, soit du testament, soit des papiers cachetés qui lui sont remis par le juge de paix ? *Q*. 3087. — Que ferait le juge de paix, si, au lieu du testament du défunt, il trouvait le testament olographe d'une tierce personne qui l'aurait déposé chez celui-ci ? *Q*. 3088. — Comment s'effectuent le dépôt et la remise aux tiers non présents à l'ouverture des papiers, dans le cas des art. 918 et 919 ? *Q*. 3088 *bis*.]

DLXXI. Des précautions de même nature que celles qu'exigent les articles précédents sont prises pour la conservation et la remise des papiers sous cachets. Quoiqu'ils paraissent appartenir à des tiers, ils peuvent être réellement au défunt et à la succession, à laquelle il aurait eu dessein de les soustraire. Les articles ci-dessus veulent qu'ils soient portés au président du tribunal, qui est investi du droit d'en faire l'ouverture, et tenu de les remettre aux tiers, s'ils en sont véritablement propriétaires.

Ainsi, la loi concilie les intérêts dus à ces derniers avec la justice, qui ne permet pas que des simulations de dépôt soient pratiquées, soit au préjudice des créanciers, ou de la réserve que la loi fait aux héritiers du sang, soit au profit de personnes incapables de recevoir.

---

(1) [On a demandé si les testaments olographes, qui, en vertu de l'art. 1007, Code civ., sont présentés au président du tribunal de première instance, pour être remis entre les mains du notaire qu'il commet, peuvent être reçus en dépôt sans être préalablement enregistrés. Une décision du ministre des finances du 29 sept. 1807, *S*. 8. 2.266, a statué sur cette question ainsi qu'il suit :

« 1° Les notaires peuvent recevoir en dépôt, sans enregistrement préalable, les testaments et pièces qui s'y trouvent renfermés, lorsque la remise leur en est faite en vertu d'ordonnance du juge ;

« 2° Dans ce cas, les notaires doivent fournir aux receveurs de l'enregistrement, dans les dix jours qui suivent l'expiration du délai de trois mois, à compter du décès des testateurs, des extraits certifiés des testaments dont les droits ne leur ont pas été remis par les héritiers ou légataires. »]

3087. *Le président doit-il constater l'état, soit du testament, soit des papiers cachetés qui lui sont remis par le juge de paix?*

Lorsque le testament a été trouvé ouvert, le président n'a qu'à en ordonner le dépôt, puisque le juge de paix en a constaté l'état (art. 920); mais si le testament était cacheté, c'est au président à en constater l'état, ainsi que de tous autres papiers également cachetés. (*Voy.* art. 918, et Pigeau, p. 558.)

[[La distinction faite par M. Carré nous paraît exacte.]]

3088. *Que ferait le juge de paix, si, au lieu du testament du défunt, il trouvait le testament olographe d'une tierce personne qui l'aurait déposé chez celui-ci?*

Nous croyons qu'en ce cas il devrait se conformer à l'art. 919. Mais le président devrait se borner à s'assurer, par la lecture des premières lignes de l'acte et par la signature, qu'il appartient véritablement à un tiers, parce qu'il ne doit pas prendre connaissance des dispositions testamentaires.

[[C'est aussi notre avis.]]

[[**3088** bis. *Comment s'effectuent le dépôt et la remise aux tiers non présents à l'ouverture des papiers, dans le cas des articles* 918 *et* 919 *?*

Suivant M. Demiau-Crouzilhac, p. 606, les pièces seront portées au greffe du juge de paix, qui en effectuera le dépôt ou la remise aux notaires ou aux personnes à qui elles appartiennent, après avoir constaté, sur son procès-verbal, cette exécution de l'ordonnance du président.

Nous ne voyons pas, quant à nous, pour quel motif ces titres reviendraient entre les mains du juge de paix, qui n'a aucune attribution pour les retenir : c'est au greffe du tribunal de première instance dont le président a ordonné le dépôt ou la remise qu'ils devront être portés. Cette marche, qui évite d'ailleurs de nouveaux déplacements, nous paraît plus naturelle et plus régulière que celle qui est enseignée par M. Demiau-Crouzilhac et qui, au surplus, est dénuée de toute sanction.]]

Art. 921. Si les portes sont fermées, s'il se rencontre des obstacles à l'apposition des scellés, s'il s'élève, soit avant, soit pendant le scellé, des difficultés, il y sera statué en référé par le président du tribunal. A cet effet, il sera sursis, et établi par le juge de paix garnison extérieure, même intérieure, si le cas y échet, et il en référera sur le champ au président du tribunal.

Pourra néanmoins le juge de paix, s'il y a péril dans le retard, statuer par provision, sauf à en référer ensuite au président du tribunal.

Tarif, 3, 16, 94. — Cod. proc. civ., art. 806 et suiv.

Art. 922. Dans tous les cas où il sera référé par le juge de paix au président du tribunal, soit en matière de scellé, soit en autre matière, ce qui sera fait et ordonné sera constaté sur le procès-verbal dressé par le juge de paix; le président signera ses ordonnances sur ledit procès-verbal.

Tarif, 94. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 415, nos 48 à 56. — Locré, t. 23, p. 344, n° 7.
QUESTIONS TRAITÉES : Quel est le président devant lequel se porte le référé, dans l'espèce de l'article 921 ? *Q.* 3089.— La disposition de l'art. 921, qui soumet au juge du référé certaines contestations qu'il énumère, est-elle applicable à tous les débats élevés à l'occasion des scellés? *Q.* 3089 *bis*. — Lorsque le juge de paix, usant de la faculté que lui accorde la seconde disposition de l'art. 921, statue sur les obstacles et passe outre à l'apposition, quels seront l'objet et les effets du référé qu'il doit porter au président après son opération? *Q.* 3090. — En cas d'opposition à l'apposition des scellés d'office, le juge de paix peut-il être réputé partie et intimé comme tel? *Q.* 3091.]

DLXXII. Le juge de paix n'est chargé de l'apposition des scellés que comme le magistrat le plus à portée de procéder promptement; il n'a que les opérations conservatoires : s'il se présente des obstacles, s'il s'élève des difficultés, il n'est pas compétent pour les décider, si ce n'est en cas d'urgence et par provision. Il en charge son procès-verbal, et en réfère au président du tribunal qui statue sur le procès-verbal même.

3089. *Quel est le président devant lequel se porte le référé, dans l'espèce de l'article* 921 *?*

C'est évidemment le président du lieu de l'apposition, et non celui de la succession.

[[Dans tous les cas prévus par l'art. 921, l'urgence est telle que tout retard pourrait être préjudiciable aux intéressés, aussi pensons-nous, comme M. Carré, que le président du lieu de l'apposition devra connaître du référé.]]

[[**3089** bis. *La disposition de l'art.* 921, *qui soumet au juge du référé certaines contestations que cet article énumère, est-elle applicable à tous les débats qui s'élèvent à l'occasion des scellés?*

Les articles 921 et 922 statuent seulement pour le cas de l'apposition des scellés, et la Cour de cassation a jugé, le 17 avril 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 227), que leur disposition était limitative, et qu'établie pour l'apposition de scellés, elle ne l'était pas, notamment, en ce qui concerne leur levée, opération toute différente et régie par un autre titre du Code de procédure. M. ROLLAND DE VILLARGUES, *Répert. du Not.*, v° *Scellés*, n° 81, enseigne cependant que la pratique est contraire à cette décision, et un arrêt d'Amiens, 16 août 1825, (*J. Av.*, t. 31, p. 282) a admis, dans les termes les plus généraux, que toutes contestations qui s'élèvent au sujet, soit de l'apposition, soit de la levée des scellés, sont de la compétence du juge du référé, ce qui suppose l'application de l'art. 921 dans tous les cas.

Il faut remarquer que la question se présente, en fait, sous diverses physionomies. La disposition que nous expliquons ici, en soumettant au juge du référé les débats qui s'élèvent lors de l'apposition des scellés, oblige le juge de paix à surseoir, sauf dans les cas de nécessité absolue : l'urgence, dans toutes les contestations de cette nature, est en quelque sorte de droit, et détermine la juridiction qui doit en connaître. Ainsi, bien qu'à l'occasion de la levée des scellés, la loi ne dise pas qu'il sera référé devant le président du tribunal, nous pensons, avec la Cour d'Amiens, que cette marche doit généralement être suivie, et c'est en ce sens que l'art. 921 nous paraît applicable à la matière. Mais lorsque ce même article oblige le juge de paix à surseoir, comme c'est là une disposition prohibitive, et contraire, jusqu'à un certain point, à la nature des débats qui s'élèvent lors du scellé, la raison de repousser l'analogie devient plus puissante, et l'on peut se demander, dans toute autre hypothèse que celle prévue par l'article, où est, pour le juge de paix, l'obligation de surseoir? Cette dernière marche est donc pour lui, plutôt une mesure de prudence qu'une prescription impérieuse de la loi : du reste, les parties sont toujours

libres d'introduire elles-mêmes le référé devant le président du tribunal, qui permet, s'il y a lieu, l'assignation à bref délai (808), ce qui prévient les fâcheuses conséquences que pourrait entraîner la résistance du juge de paix. *Voy.* encore, art. 944, *Quest.* 3152 *bis.*]]

3090. *Lorsque le juge de paix, usant de la faculté que lui accorde la seconde disposition de l'art.* 921, *statue sur les obstacles et passe outre à l'apposition, quels seront l'objet et les effets du référé qu'il doit porter au président après son opération?*

Ce référé aura pour objet de faire confirmer ou réformer la décision du juge de paix.

Si le président ne croit pas devoir confirmer, il ordonne que le scellé sera levé; mais il peut arriver aussi qu'il ordonne que le scellé sera *croisé*, c'est-à-dire que l'on placera un second scellé sur le scellé déjà existant.

Cela peut avoir lieu (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 558) lorsque l'on décide que le scellé déjà apposé l'a été sur la demande d'un particulier ou sur l'ordre d'un juge, qui n'avaient pas, l'un le droit de requérir ce scellé, l'autre celui de l'autoriser.

[[Ces explications sont incontestables.]]

3091. *En cas d'opposition à l'apposition des scellés d'office, le juge de paix peut-il être réputé partie et intimé comme tel?*

Non, d'après un arrêt de la Cour de Bruxelles du 28 mars 1810 (DENEVERS, 1810, *supplém.*, p. 111; *J. Av.*, t. 21, p. 34), à moins que les circonstances ne fussent assez graves pour donner ouverture à prise à partie contre le juge de paix.

[[Cette opinion, à laquelle nous adhérons, à été embrassée par M. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 95. Cet auteur dit avec raison qu'il serait aussi contraire aux règles du droit qu'aux bienséances, que le juge de paix pût prendre des conclusions en son nom personnel : *Voy.* au surplus la *Quest.* 3093.]]

ART. 923. Lorsque l'inventaire sera parachevé, les scellés ne pourront être apposés, à moins que l'inventaire ne soit attaqué, et qu'il ne soit ainsi ordonné par le président du tribunal.

Si l'apposition des scellés est requise pendant le cours de l'inventaire, les scellés ne seront apposés que sur les objets non inventoriés.

[QUESTIONS TRAITÉES : L'art. 923, qui ne permet pas l'apposition des scellés, lorsqu'il a été fait inventaire, est-il applicable au cas où l'inventaire est irrégulier ou paraît fait en fraude d'une partie intéressée? *Q.* 3092. — Le juge de paix qui, dans cette hypothèse, a voulu procéder à l'apposition des scellés, peut-il figurer personnellement dans l'instance en référé? *Q.* 3093.]

DLXXIII. Des scellés deviennent inutiles lorsque l'inventaire est terminé, car l'inventaire doit présenter le détail des objets que les scellés conservaient en masse, et en opérer le chargement. C'est pourquoi la loi veut, par l'art. 923, qu'après l'inventaire on ne recoure point aux scellés, à moins qu'il n'y eût des motifs vérifiés et jugés par le président du tribunal.

3092. *L'art.* 923, *qui ne permet pas l'apposition des scellés lorsqu'il a été fait inventaire, est-il applicable au cas où l'inventaire est irrégulier ou paraît fait en fraude d'une partie intéressée?*

3093. *Le juge de paix qui, dans cette hypothèse, a voulu procéder à l'apposition des scellés, peut-il figurer personnellement dans l'instance en référé?*

La Cour de Bruxelles, par arrêt du 28 mars 1810 (SIREY, t. 10, p. 199, et *J. Av.*, t. 21, p. 34), a prononcé négativement sur ces deux questions.

Dans l'espèce, il s'agissait d'un inventaire fait sur papier libre, en l'absence des parties intéressées, sans les formalités prescrites par la loi, et qui présentait, en un mot, tous les caractères d'une précipitation frauduleuse.

Persuadé qu'un tel acte n'était pas de nature à empêcher l'apposition des scellés, le juge de paix, sur l'opposition que fit la veuve à cette apposition, en référa sur-le champ au président, qui ordonna de passer outre. Sur appel tendant à l'annulation de l'ordonnance, attendu :

1° que le scellé ne pouvait être apposé sans contrevenir à la disposition de l'art. 923 ;

2° Que le juge de paix avait figuré comme partie dans l'instance de référé, en prenant des conclusions en son nom personnel ; la Cour de Bruxelles a considéré : sur le premier grief, que l'art. 923 n'est applicable qu'au cas où il existe un inventaire en forme, et non un simulacre d'inventaire dénué de toutes formes, et précipité à dessein d'éluder l'apposition du scellé ; que, par conséquent, il y avait eu lieu à référé, et qu'il avait été bien statué par l'ordonnance du président, en ce qu'il avait autorisé l'apposition du scellé ; sur le second grief, que le juge de paix, ayant agi dans l'ordre de ses fonctions, n'a pu être constitué partie en cause, et qu'en prononçant entre lui et l'appelante, le président avait contrevenu aux règles de l'ordre judiciaire. Par ces motifs, la Cour a déclaré l'appelante sans griefs, et néanmoins décidé qu'il avait été irrégulièrement procédé, en ce que le juge de paix avait été considéré comme partie.

De cette dernière disposition on doit conclure que, dans tous les cas où le juge de paix réfère au président d'une difficulté qu'il rencontre dans le cours des opérations relatives aux scellés, il doit se borner à remettre son procès-verbal au président, et attendre la décision, sans se rendre partie, soit en prenant des conclusions, soit en faisant valoir ses moyens, contradictoirement avec la partie intéressée à cette décision.

[[La solution négative de la première question est adoptée par MM. BERRIAT SAINT-PRIX, t. 2, p. 689; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 547, et PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 621. Nous la croyons à l'abri de toute critique. Il en est de même de la seconde, qui rentre dans l'opinion que nous avons déjà émise sous la question précédente.

Il faut encore remarquer que, dans l'espèce jugée par la Cour de Bruxelles, l'apposition des scellés avait eu lieu, non d'office, de la part du juge de paix, mais sur la réquisition des parties intéressées, ce qui rendait complètement inutile l'intervention de ce magistrat dans l'instance. Il lui serait, d'ailleurs, interdit de prendre une telle mesure sans en être requis, conformément aux principes exposés sous notre *Quest.* 3086 bis.]]

ART. 924. S'il n'y a aucun effet mobilier, le juge de paix dressera un procès-verbal de carence.

S'il y a des effets mobiliers qui soient nécessaires à l'usage des personnes qui restent dans la maison, ou sur lesquels le scellé ne puisse être mis, le juge de paix fera un procès-verbal contenant description sommaire desdits effets.

[Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 408, n° 14.] — Décret du 6 mars 1793, art. 10. — Cod. proc. civ., art. 913, n° 8.—[Locré, t. 23, p. 299, n° 3 ; p. 355, n° 7.

QUESTION TRAITÉE : Lorsque le juge de paix dresse un procès-verbal de carence, doit-il faire prêter et énoncer le serment prescrit par l'art. 914, § 9 ? *Q.* 3094.]

DLXXIV. Il y a des circonstances où l'apposition des scellés devient une

formalité superflue, même en l'absence des héritiers, par exemple, dans le premier cas prévu par l'article ci-dessus. S'il n'y a rien dans la succession, *un procès-verbal de carence* est alors le seul qu'on puisse dresser.

De même, dans le second cas, si les effets mobiliers qui dépendent de la succession sont tels qu'ils soient nécessaires à l'usage des habitants de la maison, qu'ils ne puissent plus être renfermés dans un scellé, un procès-verbal de *description sommaire* suffit à leur conservation.

Avant la révolution, le droit de faire ces actes, ainsi que le droit de faire les inventaires, n'appartenait pas toujours aux mêmes officiers (1); et, de cette multiplicité de ministères, il résultait souvent des frais disproportionnés avec les forces de l'hérédité.

L'article 924 détruit l'excès de cet inconvénient. Les procès-verbaux de carence et de description sommaire, dans les cas prévus, sont dressés par le juge de paix, de sorte que le ministère du notaire n'est nécessaire que lorsqu'il est question de faire un inventaire proprement dit.

3094. *Lorsque le juge de paix dresse un procès-verbal de carence, doit-il faire prêter et énoncer le serment prescrit par l'art.* 914, § 9?

L'art. 924 n'exige pas ce serment; mais comme le procès-verbal de carence tient lieu tout à la fois de procès-verbal de scellé et d'inventaire, lors desquels ce serment est exigé, nous pensons, avec M. PIGEAU, t. 2, p. 261, que le juge de paix doit exiger le serment, parce qu'il y a mêmes motifs que pour les deux actes dont nous venons de parler.

M. BIRET fait observer avec raison, t. 2, p. 248, qu'il serait à désirer que la loi autorisât formellement le juge de paix à ne faire qu'une simple description, lorsque le mobilier n'est que d'une très médiocre valeur; il pense, au reste, que l'usage où sont plusieurs juges de paix d'agir ainsi est suffisamment autorisé par raison d'économie et de bienfaisance.

Les procès-verbaux de description d'effets de peu de valeur sont, dit-il, des sortes de procès-verbaux de carence; alors, c'est à peu près comme s'il n'y avait pas de mobilier : *Parum pro nihilo putatur.*

[[Cette solution est approuvée avec raison par M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 549.]]

ART. 925. Dans les communes où la population est de vingt mille âmes et au-dessus, il sera tenu, au greffe du tribunal de première instance, un registre d'ordre pour les scellés, sur lequel seront inscrits, d'après la déclaration que les juges de paix de l'arrondissement seront tenus d'y faire parvenir dans les vingt-quatre heures de l'apposition, 1° les noms et demeures des personnes sur les effets desquelles le scellé aura été apposé; 2° le nom et la demeure du juge qui a fait l'apposition; 3° le jour où elle a été faite.

[Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 415 et 416, nos 57 et 58. — Locré, t. 23, p. 359, n° 6.

QUESTIONS TRAITÉES : La déclaration doit-elle avoir lieu, quoique les scellés soient apposés dans une commune moindre de 20,000 âmes, lorsque la commune du chef-lieu de l'arrondissement renferme cette population? *Q.* 3094 *bis.* — Par qui le juge de paix fait-il parvenir les déclarations prescrites par l'art. 925? *Q.* 3095.—Le délai de vingt-quatre heures, prescrit par l'art. 925, est-il simplement comminatoire? *Q.* 3096.]

(1) *Voy.* l'historique de ces attributions, dans le rapport fait au Corps législatif par M. Gillet, édition de F. Didot, p. 343.

DLXXV. Les tiers intéressés et les héritiers présomptifs eux-mêmes sont particulièrement exposés aux surprises, dans les villes d'une population nombreuse, et c'est pour les mettre à portée de les éviter que l'article ci-dessus prescrit la tenue d'un registre d'ordre pour les scellés dans les communes populeuses. C'est une des nombreuses améliorations qui sont dues au nouveau Code.

[[**3094** bis. *La déclaration doit-elle avoir lieu, quoique les scellés soient apposés dans une commune moindre de vingt mille âmes, lorsque la commune du chef-lieu de cet arrondissement renferme cette population?*

Cette précaution, disait M. Gillet, orateur du Tribunat (*Voy.* LOCRÉ, t. 23, p. 259), est la plus simple et la moins dispendieuse pour mettre les tiers intéressés et les héritiers présomptifs eux-mêmes à portée d'éviter les surprises, toujours trop faciles dans une population nombreuse. »

On pourrait induire de ces dernières expressions que c'est seulement lorsque la commune où les scellés sont apposés a une population de vingt mille âmes que la déclaration est prescrite : mais l'opinion contraire résulte manifestement de la contexture de l'art. 925, qui impose cette obligation à tous les juges de paix de l'arrondissement. (*Voy.* notre *Comm. du Tarif,* t. 2, p. 416, n° 58.)]]

3095. *Par qui le juge de paix fait-il parvenir les déclarations prescrites par l'art.* 925 ?

Par son greffier, puisque l'art. 17 du Tarif lui accorde à cet effet les deux tiers d'une vacation de juge de paix.

[[Cela est évident.]]

3096. *Le délai de vingt-quatre heures, prescrit par l'art.* 925, *est-il simplement comminatoire?*

C'est notre opinion, fondée sur ce que la distance des lieux rendrait souvent impossible de s'y conformer; mais le juge de paix doit veiller à ce que la formalité soit remplie dans le temps le plus rapproché.

[[Il nous paraît impossible d'admettre cette décision : l'art. 925 dispose formellement que les juges de paix *seront tenus* de faire parvenir la déclaration dans les vingt-quatre heures, et ces expressions, ainsi que la détermination d'un délai si restreint, indiquent assez que la loi n'entend pas abandonner à l'arbitraire du juge de paix l'accomplissement de cette mesure. L'objection de M. Carré, prise de ce que la distance des lieux rendrait souvent impossible de s'y conformer, nous paraît d'ailleurs sans fondement, puisque l'art. 925 n'exige pas que, dans les vingt-quatre heures de l'apposition, la déclaration *soit parvenue*, mais bien que le juge de paix se soit *mis en mesure de la faire parvenir*, sauf d'ailleurs le retard occasionné par les distances.]]

TITRE II.

Des Oppositions aux scellés.

L'opposition aux scellés est un acte conservatoire par lequel toute personne prétendant droit à la succession s'oppose à la levée des scellés, afin qu'elle soit différée, qu'on n'y procède qu'en sa présence, et que l'on prenne en la faisant telle mesure ou précaution nécessaire à ses intérêts.

Le Code détermine en ce titre la forme de cet acte (926), ce qu'il doit contenir (927), et réduit tout ce qui le concerne aux formes les plus simples.

ART. 926. Les oppositions aux scellés pourront être faites, soit par une déclaration sur le procès-verbal de scellé, soit par exploit signifié au greffier du juge de paix.

Tarif, 18, 20 et 21. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 417, n°s 1 à 6.] — Cod. civ., 821. — Cod. proc. civ., art. 927, 931 et suiv., 1039. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Scellés et inventaire*, n°s 37 et 38. — Arm. Dalloz, v° *Scellés*, n°s 40 à 44.

QUESTIONS TRAITÉES : Les personnes qui ont le droit de requérir l'apposition des scellés sont-elles les seules qui puissent s'opposer à leur levée ? *Q.* 3096 *bis.* — L'opposition aux scellés par déclaration sur le procès-verbal doit-elle être signée de l'opposant ou de son fondé de pouvoir spécial ? *Q.* 3097. — L'opposition aux scellés doit-elle être dénoncée aux successeurs du défunt, et ceux-ci doivent-ils être assignés comme lorsqu'il s'agit d'une saisie-arrêt ? *Q.* 3098.—Faut-il, pour former opposition, avoir permission du juge, si l'on n'a pas de titre ? *Q.* 3099.— Le greffier doit-il viser l'original de l'opposition qui lui est signifiée ? *Q.* 3100. — L'huissier du juge de paix auquel l'opposition est adressée est-il le seul compétent pour signifier l'exploit contenant cette opposition ? *Q.* 3101. — L'opposition, formée par exploit, doit-elle être mentionnée sur le procès-verbal ? *Q.* 3101 *bis.* — Le juge de paix peut-il statuer sur les oppositions ? *Q.* 3102. — Quels sont les droits que confère l'opposition aux créanciers personnels de l'héritier, qui l'ont formée ? *Q.* 3102 *bis.*]

[[**3096** bis. *Les personnes qui ont le droit de requérir l'apposition des scellés sont-elles les seules qui puissent s'opposer à leur levée ?*

L'affirmative paraît résulter des termes dont se sert M. Carré, dans les explications placées au commencement de ce titre, et où il ne parle que des personnes *prétendant droit* à la succession. Telles sont aussi, en général, celles qui ont intérêt à former opposition à la levée des scellés. Mais ce ne sont pas les seules. Nous avons dit, sous la *Quest.* 3062, que les créanciers privatifs d'un héritier n'avaient pas le droit de réclamer, en leur nom personnel, l'apposition des scellés sur les effets d'une succession qui revient, en tout ou en partie, à leur débiteur. Il paraît cependant résulter des termes des art. 931 et 934 que ces créanciers sont admis à former opposition à la levée, et c'est même ce qu'indique formellement ce dernier article, qui parle des *opposants pour la conservation des droits de leur débiteur.* Les Cours de Nancy, 9 janv. 1817 (*J. Av.*, t. 21, p. 50), et de Douai, 26 mars 1824 (*J. Av.*, t. 26, p. 241 ; DEVILL., *Coll. nouv.*, 5.2.224 ; 7.2.334), leur ont aussi reconnu cette faculté, dont l'exercice est d'ailleurs, quant à eux, restreint à certains actes, comme nous le disons sous notre *Quest.* 3102 *bis, infrà.*]]

3097. *L'opposition aux scellés par déclaration sur le procès-verbal doit-elle être signée de l'opposant ou de son fondé de pouvoir spécial ?*

Oui, dit M. DELAPORTE, t. 2, p. 455 ; et, en effet, c'est ce que la loi exige dans tous les cas où elle autorise à faire une déclaration sur le procès-verbal d'un juge ou d'un officier ministériel. Or, il y a [[évidemment]] même raison pour décider de la sorte, dans l'espèce de l'art. 926.

3098. *L'opposition aux scellés doit-elle être dénoncée aux successeurs du défunt, et ceux-ci doivent-ils être assignés comme lorsqu'il s'agit d'une saisie-arrêt ?*

Non, dit M. PIGEAU, t. 2, p. 575, parce qu'on peut ignorer, au moment où l'opposition est faite, et même jusqu'à l'inventaire, quels sont ces successeurs. [[Ce serait une procédure frustratoire.]]

3099. *Faut-il, pour former opposition, avoir permission du juge, si l'on n'a pas de titre?*

Non, et c'est encore une différence à remarquer entre la saisie-arrêt et l'opposition aux scellés : cette différence résulte [[incontestablement]] de la disposition formelle de l'art. 821, Cod. civil.

3100. *Le greffier doit-il viser l'original de l'opposition qui lui est signifiée?*

Oui, conformément à l'art. 1039, Cod. proc. civ.
[[Nul doute ne peut s'élever à cet égard.]]

3101. *L'huissier du juge de paix auquel l'opposition est adressée est-il le seul compétent pour signifier l'exploit contenant cette opposition?*

Oui, dit M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 624, à moins que le juge de paix, dans le cas prévu par l'art. 4, n'en commette un autre.

Les raisons que cet auteur apporte en faveur de son opinion nous paraissent bien fondées.

En effet, l'art. 21 du Tarif, qui se trouve placé dans le chap. 3, concernant la taxe des huissiers des juges de paix, comprend nommément la signification de l'opposition aux scellés indiquée par l'art. 926 du Code, et dans la taxe des autres huissiers on ne trouve nullement cette notification; d'un autre côté, l'art. 4 veut que, dans les demandes dont les juges de paix connaissent, les exploits soient signifiés par les huissiers respectifs, chacun dans son territoire.

[[Avant la nouvelle loi sur les justices de paix, M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 551, professait l'opinion contraire à celle que soutient ici M. Carré, et le tribunal de la Seine fixait l'émolument de l'huissier, non d'après l'art. 21, mais d'après l'art. 29 du Tarif, placé sous le titre de la taxe des actes des huissiers ordinaires. Il ne peut plus aujourd'hui s'élever de difficulté sur ce point, l'art. 16 de la loi du 25 mai 1838 disposant que tous les huissiers d'un même canton ont le droit de donner toutes les citations et de faire tous les actes devant la justice de paix.]]

[[**3101** bis. *L'opposition, formée par exploit, doit-elle être mentionnée sur le procès-verbal?*

Oui, afin que ce procès-verbal indique tous les opposants et qu'on n'en excepte aucun dans l'extrait qui peut être demandé au greffier. *Voy.* notre *Comm. du Tarif*, t. 2, p. 418, n° 8.]]

3102. *Le juge de paix peut-il statuer sur les oppositions?*

Le juge de paix n'est point juge du mérite des oppositions, et, par conséquent, il ne peut refuser de les recevoir, lui parussent-elles non fondées.
[[Cela est évident.]]

[[**3102** bis. *Quels sont les droits que confère l'opposition aux créanciers personnels de l'héritier qui l'ont formée?*

Nous croyons devoir traiter ici cette question, qui se rattache également à d'autres dispositions de la loi, afin de préciser exactement la position de l'op-

posant, dont le seul intérêt est d'empêcher une fraude de la part de son débiteur.

L'art. 882, Cod. civ., autorise les créanciers d'un copartageant à exiger que le partage ait lieu en leur présence, et leur permet d'y intervenir à leurs frais. Telle est, ce nous semble, la raison du droit de former opposition à la levée des scellés, qu'attribue aux créanciers personnels d'un héritier l'art. 934 de notre Code.

Ainsi, cette voie leur est ouverte, uniquement pour faire connaître aux héritiers les prétentions d'un opposant sur la part de son débiteur, pour empêcher les parties de procéder au partage en dehors de son intervention.

Quant aux actes qui permettraient à ce tiers de s'immiscer dans les affaires intérieures, dans les intérêts de famille, ou qui atteindraient des objets autres que la portion de son débiteur qu'il peut considérer comme son gage, ils doivent lui être interdits et l'opposition n'a pas pour objet de les rendre valables.

Ainsi, nous avons vu, sous la *Quest.* 3062, qu'il n'est pas permis au créancier personnel de l'héritier de requérir l'apposition des scellés sur les effets de la succession.

C'est par la même raison que l'art. 934 lui interdit d'assister à la levée des scellés et même de concourir au choix d'un mandataire commun, accordé à tous les autres opposants par l'art. 932.

Un arrêt de Nancy, 9 janv. 1817 (*J. Av.*, t. 21, p. 50; DEVILL., *Coll. nouv.*, 5.2.224), semble pourtant lui accorder ces derniers droits. Mais l'opinion de cette Cour a été justement repoussée par les Cours de Douai, 26 mars 1824 (*J. Av.*, t. 26, p. 241), et d'Orléans, 1er déc. 1837 (*J. Av.*, t. 54, p. 284.)]]

ART. 927. Toutes oppositions à scellé contiendront, à peine de nullité, outre les formalités communes à tout exploit,

1° Election de domicile dans la commune ou dans l'arrondissement de la justice de paix où le scellé est apposé, si l'opposant n'y demeure pas;

2° L'énonciation précise de la cause de l'opposition.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 418, nos 7 à 11.] — Edit du mois d'août 1539. — Ordonn. de 1667, tit. 33, art. 1. — Cod. proc. civ., art. 61 et 559. — [Arm. Dalloz, vo *Scellés*, nos 45 et 64. QUESTION TRAITÉE : Le juge de paix est-il obligé d'en référer au président, dans le cas où l'opposition doit être annulée pour défaut d'élection de domicile et d'énonciation de la cause? *Q.* 3103 (1).]

3103. *Le juge de paix est-il obligé d'en référer au président, dans le cas où l'opposition doit être annulée pour défaut d'élection de domicile et d'énonciation de la cause?*

Nous pensons qu'il doit regarder cette élection comme non avenue, et peut, en conséquence, continuer ses opérations sans référé. Tel est aussi l'avis de M. BOUSQUET, p. 102.

[[Ici revient la question que nous avons traitée sous le n° 3089 *bis*, et qui consiste à savoir si la disposition de l'art. 921, qui soumet au juge du référé certaines contestations, est applicable à tous les débats qui s'élèvent à l'occasion des scellés. Nous avons dit que cette compétence est en quelque sorte de

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

L'acte d'appel qui a statué sur une demande en mainlevée de scellés est valablement signifié au domicile élu dans l'acte d'opposition aux scellés : Bourges, 24 août 1808 (*J. Av.*, t. 21, p. 25). *Voy.* notre *Quest.* 365 *bis*.]

droit, et nous ne voyons pas pourquoi le débat sur la validité de l'acte d'opposition ne serait pas porté devant le même magistrat, sauf le cas d'absolue nécessité, à raison duquel il est permis au juge de paix de ne pas surseoir.

Au reste, s'il ne s'élève pas de débat proprement dit sur la contexture de l'acte, si le défaut des formalités prescrites par l'art. 927 est patent, le juge de paix n'a pas besoin de renvoyer devant une juridiction supérieure. C'est donc en cas de contestation seulement que la règle de l'art. 921 nous paraît reprendre son empire.]]

TITRE III.

De la Levée des scellés.

La levée des scellés est l'acte par lequel le juge de paix, après avoir reconnu que les scellés sont *sains* et *entiers*, ou, dans le cas contraire, constaté leur état, les rompt ou les brise pièce par pièce, meuble par meuble, afin de remettre les effets à la disposition de ceux qui y ont droit (1).

La levée des scellés est *pure et simple* ou *à charge d'inventaire.*

Elle est pure et simple lorsque les causes de l'apposition n'existant plus, les parties, d'accord sur leurs intérêts, requièrent d'être mises en possession, sans inventaire, des effets trouvés sous les scellés.

Elle est à *charge d'inventaire* ou *description,* dans tous les cas où cette précaution est prescrite par la loi ou requise par une partie, et alors la levée se fait successivement au fur et à mesure de la confection de l'inventaire, et les scellés sont réapposés à la fin de chaque vacation.

Art. 928. Le scellé ne pourra être levé et l'inventaire fait que trois jours après l'inhumation s'il a été apposé auparavant, et trois jours après l'apposition si elle a été faite depuis l'inhumation, à peine de nullité des procès-verbaux de levée de scellés et inventaire, et des dommages et intérêts contre ceux qui les auront faits et requis : le tout, à moins que, pour des causes urgentes et dont il sera fait mention dans son ordonnance, il n'en soit autrement ordonné par le président du tribunal de première instance. Dans ce cas, si les parties qui ont droit d'assister à la levée ne sont pas présentes, il sera appelé pour elles, tant à la levée qu'à l'inventaire, un notaire nommé d'office par le président.

---

(1) D'après cette définition, la levée des scellés est complète et définitive; mais il ne faut pas conclure qu'il ne puisse jamais y avoir lieu à une levée partielle ou provisoire. Cela arrive en deux circonstances principales :

1° Pour la remise de titres appartenant à des tiers (Décret du 6 pluv. an XII, art. 1 et 13.);

2° Pour extraire les effets à courte échéance, et les livres d'un failli, sur la réquisition des agents de la faillite. (Cod. comm., art. 463.)

[*Voy.*, pour une troisième circonstance, ce que nous disons *Quest.* 3073.]

Les levées provisoires, comme le remarque M. Biret, t. 2, p. 39, se font sans rien préjuger, ni sur les droits, ni sur les qualités des parties intéressées; il suffit de reconnaître les scellés, et on les réappose après l'extraction des pièces, le tout, en présence des parties ou elles dûment appelées.

Tarif, 77. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 420, nos 1 à 3.] — Cod. proc. civ., art. 935, 936, 940. — [Arm. Dalloz, vo *Scellés*, nos 47 et 48.

QUESTIONS TRAITÉES : La levée des scellés apposés après décès des militaires en activité de service est-elle soumise aux mêmes règles que celle des scellés apposés après décès de toute autre personne? *Q.* 3104. — Le juge de paix qui aurait levé les scellés avant le délai fixé par l'art. 928 peut-il être pris à partie? *Q.* 3105. — Le juge de paix peut-il refuser d'ordonner une levée de scellé? *Q.* 3106. — Comment est nommé le notaire qui doit représenter les parties non présentes, lorsque le président ordonne que les scellés seront levés avant le délai? *Q* 3107. — Est-il des règles particulières à suivre, dans le cas où il serait nécessaire de faire représenter à la levée des scellés des militaires absents? *Q.* 3108. — Par qui doit être faite, dans le cas de la précédente question, la convocation du conseil de famille prescrite par la loi du 11 vent. an II? *Q.* 3109.]

DLXXVI. Les scellés ne doivent être levés que trois jours après leur apposition, afin de donner aux intéressés le temps d'y comparaître.

3104. *La levée des scellés apposés après décès des militaires en activité de service, est-elle soumise aux mêmes règles que celle des scellés apposés après décès de toute autre personne?*

L'apposition des scellés après décès des militaires en activité de service, et qui sont à leur corps, est [[évidemment]] soumise aux règles générales ci-dessus exposées, à moins que le corps ne se trouve hors du territoire français; mais la reconnaissance et la levée se font suivant des formes plus simples, indiquées dans une instruction du ministre de la guerre, du 15 nov. 1809.

3105. *Le juge de paix qui aurait levé les scellés avant le délai fixé par l'art.* 928 *peut-il être pris à partie?*

Oui, puisque l'article porte que les scellés ne peuvent être levés avant ce délai, à peine de dommages-intérêts contre celui qui aurait procédé à cette levée. (*Voy.* BERRIAT SAINT-PRIX, p. 694, not. 24.) Or, on ne peut réclamer de dommages-intérêts vers un juge qu'en prenant la voie de la prise à partie.

[[Cette doctrine est aussi enseignée, et avec raison, par M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 553.]]

3106. *Le juge de paix peut-il refuser d'ordonner une levée de scellés?*

Il le peut, et le doit même, dans quatre circonstances principales :

1° Si elle lui est demandée avant le troisième jour après l'inhumation, lorsque le scellé a été apposé auparavant, ou avant le troisième jour de l'apposition, quand elle a été faite après l'inhumation ;

2° Si la partie requérante est inconnue au juge de paix et qu'elle ne lui justifie pas de ses droit et qualité dans la succession ;

3° Si le conjoint, les héritiers ou quelques-uns d'eux sont mineurs non émancipés et dépourvus de tuteur, auquel cas le juge de paix peut ordonner qu'il sera procédé à ces émancipations ou nominations;

4° Enfin, s'il y a des absents non représentés, intéressés dans la succession (1).

[[Ces divers points nous paraissent hors de toute contestation.]]

3107. *Comment est nommé le notaire qui doit représenter les parties non présentes, lorsque le président ordonne que les scellés seront levés avant le délai?*

D'après l'art. 77 [[§ 10]] du Tarif, il est nommé sur une requête non grossoyée.

---

(1) *Voy.*, pour les développements et les preuves de ces propositions, l'ouvrage de M. BIRET, t. 2, p. 31 et suiv., v° *Levée des scellés.*

[[C'est aussi l'avis de M. Berriat Saint-Prix, t. 2, p. 694, et le nôtre. (*Voy.* notre *Comm. du Tarif*, t. 2, p. 421, n° 3.)]]

3108. *Est-il des règles particulières à suivre, dans le cas où il serait nécessaire de faire représenter, à la levée des scellés, des militaires absents?*

Oui, lorsqu'il s'agit de successions ouvertes avant la publication de la loi du 13 janv. 1817; alors, comme nous l'avons dit dans notre *Analyse*, nos 2852 et 2853, le juge de paix doit informer ces militaires de l'apposition aussitôt qu'elle a eu lieu; s'ils ne donnent pas de leurs nouvelles, et laissent passer un mois sans envoyer de procuration, on convoque les parents, ou, à défaut, les voisins et amis, pour leur nommer un curateur qui assiste à la levée, fait procéder à l'inventaire, à la vente des meubles, et administre les immeubles, à la charge de leur en rendre compte. (*Voy.* Lois des 11 vent. et 16 fruct. an II, et arrêt de la Cour de Bruxelles du 24 mai 1809, *Jurisprud. du Cod. civ.*, t. 13, p. 440.)

[[Les lois du 11 vent. et du 16 fruct. an II n'ont été abrogées, ni par le Code civil, puisqu'elles statuent sur des matières qui n'ont pas été réglées par ce Code et que d'ailleurs un décret du 16 mars 1807 en a ordonné la publication et la mise en vigueur dans les départements nouvellement réunis à la France, ni par les lois des 21 déc. 1814 et 13 janv. 1817, qui ont seulement pour objet, la première, de replacer les militaires absents dans le droit commun, relativement aux biens qu'ils possédaient avant leur disparition, la deuxième, de donner aux parties intéressées, les moyens de faire liquider promptement les droits qu'elles peuvent avoir vis-à-vis des militaires absents. Ainsi les formalités préalables à la levée des scellés, telles qu'elles sont réglées par les lois de vent. et de fruct. an II, doivent encore être observées aujourd'hui. La jurisprudence est fixée en ce sens; Bruxelles, 24 mai 1809; Rennes, 28 août 1813 (*J. Av.*, t. 1, p. 21 et 38; Devill., *Coll. nouv.*, 3.2.76); Nîmes, 23 janv. 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 32); Poitiers, 5 juill. 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 238).]]

3109. *Par qui doit être faite, dans le cas de la précédente question, la convocation du conseil de famille prescrite par la loi du 11 vent. an II?*

Le soin de faire la convocation était confié, par la loi du 11 vent. an II, à l'agent national; mais cette fonction ne subsistant plus, M. Merlin (Voy. *nouv. Répert.*, au mot *Curateur*, § 5, *in fine*) estime que les parents, voisins ou amis, doivent être convoqués à la diligence d'un intéressé, ou d'office par le juge de paix. Cette décision est fondée sur un argument tiré de l'art. 406, Cod. civil.

Mais ces précautions ne sont point à prendre à l'égard des successions ouvertes depuis la publication de la loi du 13 janv. 1817, qui assimile les militaires aux absents ordinaires, et abroge implicitement, pour l'avenir, la loi du 11 vent. an II, ainsi qu'il résulte de l'arrêt de la Cour de cassation, cité *suprà*, p. 387, à la note.

[[Nous n'avons rien à ajouter aux réflexions de M. Carré.]]

Art. 929. Si les héritiers ou quelques-uns d'eux sont mineurs non émancipés, il ne sera pas procédé à la levée des scellés, qu'ils n'aient été, ou préalablement pourvus de tuteurs, ou émancipés.

Tarif, 94.— [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 421, n° 4.]—Cod. civ., art. 405 et suiv.—Cod. proc. civ., art. 882 et suiv., 911. — [Locré, t. 23, p. 275, n° 2.]

Art. 930. Tous ceux qui ont droit de faire apposer les scellés pourront en requérir la levée, excepté ceux qui ne les ont fait apposer qu'en exécution de l'article 909, n° 3, ci-dessus.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 421, n°s 4 et 5.] — Cod. proc. civ., art. 909, 910 et 911. — Cod. comm., art. 486. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Scellés et inventaire*, n°s 39 et 39 *bis*. — Arm. Dalloz, v° *Scellés*, n°s 49 à 52. — Locré, t. 23, p. 301, n° 6.

Questions traitées : Quels sont ceux qui peuvent requérir, conformément à l'art. 929, la nomination des tuteur et subrogé tuteur, ou l'émancipation? *Q*. 3110. — Si l'apposition a été requise par un parent ou par le ministère public, pour un mineur sans tuteur, est-ce à ces personnes qu'il appartient de requérir la levée, si, dans l'intervalle, le mineur a été pourvu? *Q*. 3111. — Le mineur émancipé peut-il faire lever des scellés ou former opposition à cette levée, sans l'assistance de son curateur? *Q*. 3112. — Le légataire universel dont le titre est contesté par les héritiers légitimes, a-t-il le droit, de préférence à ceux-ci, de faire procéder à la levée des scellés? *Q*. 3112 *bis* (1).]

3110. *Quels sont ceux qui peuvent requérir, conformément à l'art. 929, la nomination des tuteur et subrogé tuteur, ou l'émancipation?*

Elles peuvent [[évidemment]] être requises par tous ceux qui ont intérêt à la levée des scellés, tels que les héritiers et créanciers, les parents ou alliés du mineur, et le mineur lui-même.

3111. *Si l'apposition a été requise par un parent ou par le ministère public, pour un mineur sans tuteur, est-ce à ces personnes qu'il appartient de requérir la levée, si, dans l'intervalle, le mineur a été pourvu?*

Non, disent [[avec raison]] M. Berriat Saint-Prix, p. 695, not. 31, et M. Pigeau, t. 2, p. 581, parce que c'est au tuteur à veiller aux intérêts de ses administrés.

3112. *Le mineur émancipé peut-il faire lever des scellés* [[*ou former opposition à cette levée*]] *sans l'assistance de son curateur?*

Il peut requérir l'apposition sans cette assistance, mais il en a besoin pour la levée. On sent, en effet, qu'au premier cas il peut agir seul, parce qu'il ne fait qu'un acte conservatoire, tandis que, dans le second, il pourrait nuire à ses intérêts, s'il agissait sans curateur. (*Voy*. Pigeau, t. 2, p. 576 et 582.)

[[Il est prudent sans doute, comme le dit M. Thomine Desmazures, t. 2, p. 551, que les mineurs émancipés soient assistés de leurs curateurs, mais la confection d'un inventaire ne nous paraît pas un acte en dehors des limites d'une simple administration, et dès lors nous admettrions les mineurs émanci-

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° Le mari, comme chef de la communauté, peut faire lever tous scellés apposés sur une succession échue à l'épouse demanderesse en séparation de corps, s'il prétend que, sous les scellés, sont des titres nécessaires à l'administration de la succession. Peu importerait de dire que l'événement du procès peut le rendre sans intérêt; Angers, 16 juill. 1817 (*J. Av.*, t. 21, p. 55; Devill., *Collect. nouv.*, 5.2.305);

2° C'est à la requête de l'héritier, même bénéficiaire, et non à celle de l'exécuteur testamentaire, quoiqu'il ait la saisine par testament, que la levée des scellés et l'inventaire doivent être faits; Bruxelles, 9 août 1808 (*J. Av.*, t. 21, p. 24; Devill., *Collect. nouv.*, 2.2.42);

3° Les juges peuvent refuser à un prétendant droit à une succession l'autorisation d'assister à la levée des scellés, lorsqu'il ne justifie, par aucune présomption ni par aucune apparence de droit, de sa qualité d'héritier; Cassat., 25 nov. 1818 (Devill., *Collect. nouv.*, 5.2.552; *J. Av.*, t. 21, p. 59); Bruxelles, 18 mai 1807 (*J. Av.*, t. 21, p. 22).]

pés à obtenir seuls la levée des scellés. C'est d'ailleurs ce que l'on peut induire des termes si généraux de l'art. 930, combinés avec la solution donnée par M. Carré lui-même à la *Quest.* 3067.

A plus forte raison, déciderons-nous que le mineur émancipé est en droit, sans l'assistance de son curateur, de s'opposer à la levée des scellés. *Voy.* notre *Comm. du Tarif*, t. 2, p. 219, n° 9.]]

[[**3112** bis. *Le légataire universel dont le titre est contesté par les héritiers légitimes a-t-il le droit, de préférence à ceux-ci, de faire procéder à la levée des scellés ?*

Nous avons vu, *Quest.* 3064 *ter* et 3066, que la contestation du titre sur lequel se fonde l'ayant droit pour demander l'apposition, et, par conséquent, la levée des scellés, ne le rend pas non recevable à réclamer ces mesures : qu'elle confère seulement aux héritiers légitimes le droit de les réclamer concurremment avec lui, à raison de leur intérêt éventuel. La question présente plus d'intérêt en cas de levée des scellés, lorsqu'il s'agit de savoir lequel des deux héritiers, légitime ou testamentaire, présidera à cette opération, de préférence à l'autre : la Cour de Paris, le 7 déc. 1829 (*J. Av.*, t. 39, p. 73), a jugé qu'il suffisait que la personne instituée eût un titre apparent pour que la préférence lui appartînt, et cette décision est conforme aux principes que nous avons exposés sous la *Quest.* 3066.]]

ART. 931. Les formalités pour parvenir à la levée des scellés seront,

1° Une réquisition à cet effet, consignée sur le procès-verbal du juge de paix ;

2° Une ordonnance du juge, indicative des jour et heure où la levée sera faite ;

3° Une sommation d'assister à cette levée, faite au conjoint survivant, aux présomptifs héritiers, à l'exécuteur testamentaire, aux légataires universels et à titre universel, s'ils sont connus, et aux opposants.

Il ne sera pas besoin d'appeler les intéressés demeurant hors de la distance de cinq myriamètres ; mais on appellera pour eux, à la levée et à l'inventaire, un notaire nommé d'office par le président du tribunal de première instance.

Les opposants seront appelés aux domiciles par eux élus.

Tarif, 77 et 94. — [Notre Comment. du Tarif t. 2, p. 421, nos 6 à 12.] — Cod. proc. civ., art. 928, 936, 946. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Scellés et inventaire*, nos 52 à 58. — Arm. Dalloz, v° *Scellés*, nos 61 à 63. — Locré, t. 23, p. 277, n° 3.

QUESTIONS TRAITÉES : La réquisition tendant à la levée des scellés ne peut-elle être faite que par la partie elle-même ? *Q.* 3113. — Les légataires particuliers doivent-ils être appelés à la levée des scellés ? *Q.* 3114. — Les héritiers collatéraux doivent-ils être appelés, lorsqu'il existe un légataire universel ? *Q.* 3114 *bis*. — Doit-on appeler à la levée des scellés les successibles dont l'existence n'est pas reconnue au moment de l'ouverture de la succession ? *Q.* 3114 *ter*. — La réquisition de la levée des scellés doit-elle être inscrite à la suite du procès-verbal d'apposition ? *Q.* 3115. — De quelles pièces doit-il être donné copie en tête de la sommation ? *Q.* 3115 *bis*. — Comment la partie qui requiert la levée des scellés, sommera-t-elle les opposants d'assister à cette opération ? *Q.* 3115 *ter*. — Un enfant naturel reconnu doit-il être appelé ? *Q.* 3116. — Quelles sont les *parties intéressées* dont la loi a entendu parler dans la seconde disposition de l'art. 931, § 3 ? *Q.* 3117. — Quel est le président du tribunal de première instance qui doit nommer le notaire pour représenter à la levée et à l'inventaire les intéressés qui demeurent hors de la distance de cinq myriamètres ?

Q. 3118. — La nomination du notaire doit elle être faite par jugement signifié? *Q.* 3118 *bis.* — Doit-on nommer un notaire, lorsque les opposants demeurent hors de la distance déterminée par l'art. 930? *Q.* 3119.— Peut-on commettre un notaire pour représenter les parties appelées et défaillantes, dont le domicile est dans la distance de cinq myriamètres? *Q.* 3119 *bis* (1).]

3113. *La réquisition tendant à la levée des scellés ne peut-elle être faite que par la partie elle-même?*

Elle peut être faite par avoué, d'après l'art. 94 [[§ 4]] du Tarif, qui accorde un droit de vacation.

[[Cette décision est incontestable; elle est reproduite par MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 695 et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 556.]]

3114. *Les légataires particuliers doivent-ils être appelés à la levée des scellés?*

Non, puisque la loi ne les a pas désignés.

Ainsi, comme le dit M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 617, on ne doit les appeler qu'autant qu'ils se seraient rendus opposants : il en est de même des autres créanciers.

[[C'est l'avis de M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 555 et le nôtre.]]

[[**3114** bis. *Les héritiers collatéraux doivent-ils être appelés, lorsqu'il existe un légataire universel?*

Non certainement, puisque, en ce cas, ils n'ont pas d'intérêt; Dijon, 30 frim. an XII (*J. Av.*, t. 21, p. 18).

Il en serait autrement, si ces héritiers demandaient l'annulation du testament : Bruxelles, 28 nov. 1810 et 9 mars 1811 (DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.2. 362, 440, *J. Av.*, t. 21, p. 37). *Voy.* nos *Quest.* 3064 *ter*, 3066 et 3112 *bis*.

Nous ne croyons même pas, avec M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 637, qu'il y ait lieu de distinguer si le testament est public ou privé, si, par conséquent, la personne instituée est ou non saisie. Les héritiers légitimes ont un droit éventuel et suffisant pour autoriser leur présence aux opérations de la levée des scellés et de l'inventaire.]]

[[**3114** ter. *Doit-on appeler à la levée des scellés les successibles dont l'existence n'est pas reconnue au moment de l'ouverture de la succession?*

L'art. 113 du Code civil prescrit au tribunal de commettre un notaire, sur la réquisition de toutes parties, pour représenter les présumés absents dans les inventaires, partages, etc., auxquels ils sont intéressés, ce qui semble impliquer, de la part de celui qui requiert la levée des scellés, l'obligation de les appeler à cet acte, sauf au tribunal, s'ils font défaut, à nommer un notaire pour surveiller leurs intérêts, conformément à ce qui est ordonné dans le cas prévu

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° La demande en mainlevée de scellés, dirigée contre ceux qui les ont fait apposer, doit être portée devant les juges du lieu où l'apposition a été faite, plutôt que devant le juge du domicile des assignés; Paris, 8 mai 1811 (S., 14.2.160; *J. Av.*, t. 21, p 392);

2° Les tribunaux de commerce ne peuvent statuer sur une semblable demande, encore bien que cette demande soit connexe à la dissolution et au partage d'une société commerciale; Bruxelles, 21 juill. 1812 (S., 14. 2.159; Cod. comm., art. 631);

3° L'exécuteur testamentaire ne peut pas demander la levée des scellés et la confection de l'inventaire, si les héritiers lui offrent une somme suffisante pour l'acquittement des dettes et des legs; Bruxelles, 16 mars 1811 (*J. Av.*, t. 21, p. 38).]

par l'art. 928. La question devient plus délicate, si nous supposons que l'existence du successible n'est pas reconnue lors de l'ouverture de la succession, les biens qui la composent, étant dévolus, dans ce cas, aux personnes avec lesquelles il aurait eu le droit de concourir (art. 136 du Code civil). Il s'est élevé sur le sens et la portée de cette dernière disposition, sur le point de savoir si elle s'applique à l'absent *présumé* aussi bien qu'à l'absent *déclaré*, une controverse qui n'est pas encore tranchée, mais qui se rattache étroitement à des principes de droit civil que nous n'avons pas à discuter ici. Cependant la plupart des auteurs et des arrêts inclinent aujourd'hui vers l'opinion qui restreint aux successions ouvertes avant sa disparition le droit du successible. Il en résulterait que, pour toutes les successions postérieures, ce dernier ne devrait être, ni appelé à la levée des scellés, ni représenté à l'inventaire, et c'est ce qu'a formellement décidé la Cour de Bordeaux, le 16 mai 1832 (*J. P.*, 3e éd., t. 24, p. 1055; Devill., 1832.2.432).]]

3115. *La réquisition de la levée des scellés doit-elle être inscrite à la suite du procès-verbal d'apposition?*

Elle doit l'être en tête du procès-verbal de levée; vient ensuite l'ordonnance du juge et la levée elle-même; en sorte que le procès-verbal s'ouvre, comme les procès-verbaux d'enquête, par la réquisition. (Biret, p. 30 et 31.)
[[Cette procédure nous paraît régulière.]]

[[**3115** bis. *De quelles pièces doit-il être donné copie en tête de la sommation?*

De la réquisition à fin de levée des scellés, pour que les parties appelées connaissent celui qui a provoqué cette mesure, et de l'ordonnance du juge de paix qui indique le jour et l'heure de l'opération, pour qu'elles puissent y comparaître. *Voy.* notre *Comm. du Tarif,* t. 2, p. 422, n° 9.)]]

[[**3115** ter. *Comment la partie qui requiert la levée des scellés, sommera-t-elle les opposants d'assister à cette opération?*

Nous avons vu, sous l'art. 926, que toute opposition doit être faite par un exploit signifié au greffier du juge de paix ou par déclaration sur le procès-verbal des scellés. Le requérant devra donc s'adresser au greffe pour obtenir l'extrait de toutes les oppositions, ce qui lui permettra de remplir, vis-à-vis de tous ceux qui les ont formées, le mode de procéder prescrit par l'art. 931. (*V.* aussi notre *Comm. du Tarif*, t. 2, p. 421, n° 7.)]]

3116. *Un enfant naturel reconnu doit-il être appelé?*

La raison de douter est qu'il n'est pas *héritier*, qu'il n'est que *créancier* d'une portion de la succession (*Voy.* Code civil, art. 756), et enfin qu'il ne se trouve pas dans l'énumération faite par l'art. 931.

Quoi qu'il en soit, nous pensons, avec les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 234, et la *Jurisp. du Cod. civ.*, t. 2, p. 337 et 467, qu'on ne doit pas s'attacher si rigoureusement au mot *héritier*, soit pour soutenir que l'on n'a pas besoin d'appeler l'enfant naturel reconnu, soit pour lui refuser le droit d'assister à la levée. (Art. 931.)

Quelque nom que l'on donne au droit de cet enfant, il n'en est pas moins vrai qu'il a le même intérêt qu'un légataire à titre universel, qu'il a une quotité déterminée sur l'universalité des biens, et que l'on peut, en conséquence, pré-

sumer avec fondement que le législateur a entendu le comprendre sous le nom d'*héritier.*

D'ailleurs il suffit qu'il y ait, pour décider en sa faveur, la même raison d'après laquelle la loi a exigé qu'on appelât le légataire à titre universel.

[[Sans vouloir décider ici la question de savoir si l'enfant naturel doit être considéré comme simple créancier, ou bien comme héritier, nous adoptons, avec M. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 95 et 96, l'opinion de M. Carré.]]

3117. *Quelles sont les* PARTIES INTÉRESSÉES *dont la loi a entendu parler dans la seconde disposition de l'art.* 931, § 3?

Ce sont les personnes désignées dans la première disposition du même paragraphe. Le législateur a employé ces expressions génériques pour éviter une répétition détaillée de ces personnes.

[[Cette interprétation est incontestable.]]

3118. *Quel est le président du tribunal de première instance qui doit nommer le notaire pour représenter à la levée et à l'inventaire les intéressés qui demeurent hors de la distance de cinq myriamètres?*

M. LEPAGE, dans ses *Questions*, p. 610, dit avec raison que c'est le président du tribunal dans l'arrondissement duquel il s'agit d'opérer.

Ici, nous remarquerons, avec M. TOULLIER, t. 1, p. 307, qu'il ne faut pas confondre, à l'égard des absents présumés, le notaire nommé, dans l'espèce de l'art. 931, Cod. proc. civ., avec celui qui doit l'être, dans l'espèce de l'art. 113, Cod. civil.

Les fonctions du premier se bornent à assister à la levée et à l'inventaire, sans que la personne qu'il représente ait été appelée, au lieu que, pour faire représenter un absent ou un non présent dans un partage, il faut qu'il y ait une demande de partage, et par conséquent une assignation donnée à personne ou domicile; assignation nécessaire pour assurer que la partie n'a pas laissé de procuration.

C'est lorsqu'elle laisse défaut sur cette assignation qu'on demande qu'il soit nommé un curateur pour la représenter, et alors il faut en nommer un pour chacun de ceux qui peuvent avoir des intérêts opposés; au lieu qu'il n'en faut nommer qu'un seul pour les représenter tous à la levée du scellé et à l'inventaire (art. 931 et 942), qui ne sont que des actes préparatoires pour déterminer les habiles à succéder à accepter ou à répudier la succession, à former ou à abandonner la demande en partage.

[[Ces décisions sont généralement exactes; mais nous ne pouvons admettre, d'une manière absolue, qu'un présumé absent ne soit pas appelé dans la même forme que les autres parties intéressées, et qu'il faille de prime abord commettre un notaire pour défendre ses intérêts; l'art. 931 ne fait pas cette distinction, qui est purement arbitraire. La présomption d'absence n'est point d'ailleurs un fait assez positif et ordinairement assez bien établi, pour justifier une omission de ce genre. V. *Quest.* 3114 *ter.*]]

[[**3118** bis. *La nomination du notaire doit-elle se faire par jugement signifié?*

Les frais de cet acte nous paraissent frustratoires. Il suffit que la requête en brevet et l'ordonnance qui est à la suite, soient annexées au procès-verbal de levée, pour justifier du pouvoir du notaire. C'est l'avis de M. PIGEAU, t. 1, p. 616. *Voy.* aussi notre *Comm. du Tarif*, t. 2, p. 422, n° 11.]]

3119, *Doit-on nommer un notaire, lorsque les opposants demeurent hors de la distance déterminée par l'art.* 931?

Non [[évidemment]], puisqu'ils sont toujours censés être présents par l'élection de domicile qu'ils ont dû faire par leur opposition. Dailleurs, la dernière disposition de l'art. 930 exige sans distinction qu'ils soient appelés à ce domicile. (*Voy.* HAUTEFEUILLE, p. 547.)

[[**3119** bis. *Peut-on commettre un notaire pour représenter les parties appelées et défaillantes, dont le domicile est dans la distance de cinq myriamètres?*

Les parties qui ne se présentent pas, lorsqu'elles ont été dûment appelées, sont censées s'en remettre sur les autres du soin de veiller aux intérêts communs. La nomination d'un notaire pour les représenter est donc inutile, et les frais en seront considérés comme frustratoires, en cas de réclamations de leur part. Toutefois il ne résulte de ce fait aucune nullité, comme l'a jugé la Cour de cassation, le 17 avril 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 227).]]

ART. 932. Le conjoint, l'exécuteur testamentaire, les héritiers, les légataires universels et ceux à titre universel, pourront assister à toutes les vacations de la levée du scellé et de l'inventaire, en personne ou par un mandataire.

Les opposants ne pourront assister, soit en personne, soit par un mandataire, qu'à la première vacation : ils seront tenus de se faire représenter, aux vacations suivantes, par un seul mandataire pour tous, dont ils conviendront; sinon il sera nommé d'office par le juge.

Si parmi ces mandataires se trouvent des avoués du tribunal de première instance du ressort, ils justifieront de leurs pouvoirs par la représentation du titre de leur partie; et l'avoué le plus ancien, suivant l'ordre du tableau, des créanciers fondés en titre authentique, assistera de droit pour tous les opposants : si aucun des créanciers n'est fondé en titre authentique, l'avoué le plus ancien des opposants fondés en titre privé assistera. L'ancienneté sera définitivement réglée à la première vacation.

Tarif, 1, 16 et 94. — Déclarat. du 30 juill. 1715. — Décret du 10 brum. an XIV. — Cod. proc. civ., art. 934.

ART. 933. Si l'un des opposants avait des intérêts différents de ceux des autres, ou des intérêts contraires, il pourra assister en personne, ou par un mandataire particulier, à ses frais.

Tarif, 94.

ART. 934. Les opposants pour la conservation des droits de leur débiteur ne pourront assister à la première vacation, ni concourir au choix d'un mandataire commun pour les autres vacations.

Tarif, 1, 16, 94. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 422, n°s 13 à 20.] — Cod. civ., art. 1166. — Cod. proc. civ., art. 778, 932. — [Arm. Dalloz, v° *Scellés*, n°s 56 et 60.

QUESTIONS TRAITÉES : Est-il nécessaire que le mandataire des personnes qui ont droit d'assister à la levée soit un avoué? *Q.* 3120. — Quel est le juge qui doit, lorsqu'il n'y a point d'avoués parmi les mandataires, nommer le mandataire commun, lorsque les opposants n'en ont pas fait choix? *Q.* 3121. — Lorsqu'il se trouve des avoués parmi les mandataires, mais qu'ils représentent des créanciers chirographaires et des créanciers sans titre, lequel des avoués serait mandataire commun? *Q.* 3122. — S'il y a concurrence, soit entre plusieurs mandataires de créanciers authentiques ou de créanciers chirographaires, soit entre plusieurs mandataires de créanciers sans titre, est-ce le plus ancien d'âge qui doit obtenir la préférence? *Q.* 3123. — S'il y a concours d'avoués et de mandataires pris dans une autre classe de citoyens, l'avoué le plus ancien devenant, de droit, mandataire commun, ses vacations seront-elles à la charge de la succession? *Q.* 3124. — Quand peut-on dire que les opposants aient des intérêts contraires et qu'ils puissent conséquemment se faire représenter par un mandataire particulier, mais à leurs frais et sans répétition, conformément à l'art. 933? *Q.* 3125. — De ce que les créanciers du créancier du défunt se trouvent exclus, par l'art. 934, du droit d'assister même à la première vacation et de celui de concourir au choix d'un mandataire commun, s'ensuit il qu'ils n'ont aucun droit à exercer sur la succession? *Q.* 3126.]

DLXXVII. On voit que la loi règle ici sur le degré d'intérêt le droit d'être présent à la levée des scellés et à l'inventaire ; ainsi le conjoint survivant, l'exécuteur testamentaire, etc., en un mot, ceux qui ont un intérêt direct et important, peuvent assister chacun à toutes les séances de la levée du scellé et de l'inventaire, à la différence des personnes désignées dans l'art. 933, qui ne peuvent assister qu'à la première séance, et des opposants, qui, n'ayant pas d'intérêt direct, et n'agissant que du chef d'un débiteur dont ils veulent conserver les droits, ne sont pas admis même à la première vacation, ni, par conséquent, à concourir au choix du mandataire ou représentant commun que les opposants peuvent choisir, pour les représenter aux autres vacations.

3120. *Est-il nécessaire que le mandataire des personnes qui ont droit d'assister à la levée soit un avoué?*

Non, à la différence de ce qui se pratiquait autrefois.

Ainsi, lorsqu'un avoué a été choisi pour mandataire, les vacations de cet avoué sont, comme le dit M. LEPAGE, t. 2, p. 584, à la charge de celui qui l'emploie, et non à celle de la succession.

[[Telle est aussi l'opinion de M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 559.

Il faut distinguer, ce nous semble, entre les diverses sortes de mandataires dont parlent les art. 932 et 933 : celui des parties qui ont le droit d'assister à toutes les vacations de la levée des scellés et de l'inventaire ; celui que les opposants sont tenus de choisir pour les représenter tous; enfin, celui que peut nommer le créancier qui a des intérêts distincts et contraires.

Ce dernier, comme le dit expressément l'art. 933, occupe *aux frais* de la partie qui l'a désigné ; nous pensons qu'il en est de même de l'avoué nommé par le conjoint, l'exécuteur testamentaire, puisque ceux-ci sont maîtres d'assister en personne aux opérations du scellé.

Quant au mandataire commun, comme le choix en est en quelque sorte forcé, et que les opposants n'ont pas d'autre moyen de prendre part à des actes qui les intéressent, les frais de leurs vacations doivent être mis à la charge de la succession, comme le dit M. Carré lui-même, sous la *Quest.* 3124.]]

3121. *Quel est le juge qui doit, lorsqu'il n'y a point d'avoués parmi les mandataires, nommer le mandataire commun, lorsque les opposants n'en ont pas fait choix?*

C'est le juge de paix, disent MM. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 628 ; LEPAGE, dans ses *Questions*, p. 610, et LEVASSEUR, p. 138. M. PIGEAU, t. 2, p. 585, dit au contraire que c'est le président du tribunal civil.

M. Pigeau argumente de l'art. 921, qui attribue au président la connaissance des difficultés, et de l'art. 935, qui lui confère le droit de nommer les notaires, commissaires-priseurs et experts, quand les parties ne s'accordent pas.

Mais on peut opposer que, dans tous les cas où la loi a entendu désigner le président du tribunal, elle l'a désigné nommément; par exemple, dans les articles que M. Pigeau cite lui-même, tandis que, dans l'art. 932, elle se sert du mot de *juge*; expression qui, par elle-même, et indépendamment de la considération que nous venons de faire valoir, paraît désigner le juge de paix.

Sur cette difficulté, les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 238, estiment que, la loi n'ayant pas restreint le mot *juge*, il s'applique indistinctement au juge de paix et au juge civil, et que, par conséquent, le choix fait par l'un ou par l'autre sera valable.

Nous le croyons aussi; mais nous persistons, par les motifs ci-dessus, à maintenir que la loi a entendu désigner le juge de paix : c'est d'ailleurs ce qui nous semble confirmé par l'observation faite par la Cour d'Orléans, sur l'art. 981 du Projet.

Cette Cour ne faisait pas de doute que c'était au juge de paix qu'il appartenait de nommer le mandataire commun; elle demandait cependant qu'on l'exprimât, pour lever l'équivoque que laissait l'expression vague de *juge*; et si le législateur n'a fait aucune addition à ce mot, c'est, à notre avis, parce que l'expression était par elle-même exclusive de l'attribution donnée au président seul.

[[Nous pensons, avec MM. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 559, et FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 123, que le juge de paix a seul qualité pour faire le choix. Lorsque la loi a voulu désigner le président, elle le nomme positivement, comme on le voit dans les art. 921, 931, 935, 943.]]

3122. *Lorsqu'il se trouve des avoués parmi les mandataires, mais qu'ils représentent des créanciers chirographaires et des créanciers sans titre, lequel des avoués serait mandataire commun?*

Ce serait nécessairement, et comme le disent les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 237, celui des avoués qui représenterait le créancier le plus ancien des opposants fondés en titre; car les créanciers munis de titres, ayant une créance liquide, doivent être préférés aux autres.

Cela résulte d'ailleurs du texte même de l'art. 933, qui accorde la préférence à l'avoué porteur d'un titre authentique sur l'avoué porteur d'un titre privé; il y a même raison de décider de l'avoué d'un créancier chirographaire à l'avoué d'un créancier sans titre. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 585 et 586.)

[[Cette solution nous paraît évidente.]]

3123. *S'il y a concurrence, soit entre plusieurs mandataires de créanciers authentiques ou de créanciers chirographaires, soit entre plusieurs mandataires de créanciers sans titre, est-ce le plus ancien d'âge qui doit obtenir la préférence?*

Non, dit M. Lepage, *ubi suprà*; le juge, en cette circonstance, ne se déterminera pas par l'âge des mandataires; il choisira celui qu'il croira le plus capable.

[[L'art. 932 attribue à l'avoué le plus ancien des créanciers fondés en titre authentique le droit d'assister pour tous les opposants. En s'exprimant ainsi, la loi nous paraît avoir voulu régler, non-seulement la préférence entre avoués représentants, les uns, des créanciers hypothécaires, les autres, des créanciers chirographaires ou sans titre, mais encore le cas où il y aurait concours entre

des créanciers qui rentreraient tous dans l'une de ces catégories. Le choix de l'avoué le plus ancien prévient tout arbitraire et forme d'ailleurs un droit acquis en sa faveur, qu'il serait injuste de lui enlever, et qu'il faudrait lui accorder lors même que la loi garderait le silence, comme le suppose à tort M. Carré dont l'opinion, par ces motifs, nous paraît inadmissible.]]

3124. *S'il y a concours d'avoués et de mandataires pris dans une autre classe de citoyens, l'avoué le plus ancien devenant de droit mandataire commun, ses vacations seront-elles à la charge de la succession?*

Comme l'art. 933 ne met à la charge des opposants que les frais des mandataires particuliers, nous pensons, avec les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 238, que les vacations du mandataire commun sont à la charge de la succesion.

[[Nous approuvons cette solution. *Voy.* la *Quest.* 3120.]]

3125. *Quand peut-on dire que les opposants aient des intérêts contraires, et qu'ils puissent conséquemment se faire représenter par un mandataire particulier, mais à leurs frais et sans répétition, conformément à l'art.* 933?

On ne saurait prévoir tous les cas où les créanciers peuvent différer d'intérêts. M. PIGEAU, t. 2, p. 586, donne pour exemple celui où, de plusieurs opposants légataires d'objets différents, l'un de meubles, l'autre d'argenterie, chacun a intérêt d'assister en personne, ou par un mandataire particulier, pour veiller à *l'inventaire* de son legs. M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 697, not. 39, cite le cas où l'un des opposants a une créance contestée par les autres, ou veut contester les leurs, ou revendique des effets qu'ils soutiennent appartenir à la succession. (*Voy.* d'autres exemples du *Praticien*, t. 5, p. 239, dans le *Traité de M. Demiau-Crouzilhac*, p. 629.)

[[Il est difficile effectivement de poser des règles qui embrassent tous les cas où les créanciers ont des intérêts contraires. Aux exemples cités par M. Carré, on peut ajouter celui donné par M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 558, c'est-à-dire le cas où l'opposant prétendrait avoir à réclamer des papiers de famille confiés au défunt, ou à revendiquer un dépôt.]]

3126. *De ce que les créanciers du créancier du défunt se trouvent exclus, par l'art.* 934, *du droit d'assister même à la première vacation, et de celui de concourir au choix d'un mandataire commun, s'ensuit-il qu'ils n'ont aucun droit à exercer sur la succession?*

Non sans doute; ils n'en conservent pas moins le droit d'exercer, après l'inventaire, les actions et les droits de leur débiteur sur la succession, ainsi qu'il est dit aux art. 788, 882, 921, 1166 et 1167 du Code civil.

[[Telle est aussi l'opinion de M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 558, v° *suprà*, notre *Quest.* 3102 *bis* (1).]]

---

(1) [Voici les réflexions de M. PIGEAU, *Comm*, t. 2, p. 640, sur cette position particulière :

« Le débiteur peut être : 1° un ayant droit dans la communauté ou succession; 2° un créancier de la communauté ou succession.

« 1° Si le débiteur est un ayant droit, ses créanciers personnels ne peuvent concourir avec ceux de la succession, lesquels ont droit sur tout, tandis que les créanciers n'ont droit que sur ce qui lui revient;

« 2° Si c'est un créancier de la succession, ses créanciers ne peuvent pas non plus concourir, parce qu'ils ont à la fois pour sûreté et les biens de leur débiteur et sa créance dans la succession, tandis que les créanciers de la succession n'ont pour toute ga-

ART. 935. Le conjoint commun en biens, les héritiers, l'exécuteur testamentaire et les légataires universels ou à titre universel, pourront convenir du choix d'un ou deux notaires, et d'un ou deux commissaires-priseurs ou experts; s'ils n'en conviennent pas, il sera procédé, suivant la nature des objets, par un ou deux notaires, commissaires-priseurs ou experts, nommés d'office par le président du tribunal de première instance. Les experts prêteront serment devant le juge de paix (1).

Tarif, 2, 3 et 16.—[Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 424, nos 21 à 23 et p. 428, nos 4 à 7.] — Cod. civ.. art. 44. — [Locré, t. 23, p. 301, no 7.

QUESTIONS TRAITÉES : Quand il n'y a point eu d'apposition de scellés, le notaire peut-il recevoir le serment des priseurs ? *Q.* 3127.—Dans les villes où il n'existe point de commissaire-priseurs, pourrait-on appeler une femme pour estimer le mobilier? *Q.* 3128.—Lorsqu'on ne nomme qu'un notaire pour dresser inventaire, doit il être assiste de témoins? *Q.* 3129. — A qui appartient-il de choisir les notaires ou commissaires-priseurs qui devront procéder à la confection de l'inventaire? *Q.* 3130. —Comment se porte et se vide le référé devant le président, lorsque les parties ne sont pas d'accord pour la nomination soit des notaires, soit des priseurs? *Q.* 3131.— Si des héritiers n'étaient pas d'accord entre eux pour le choix des notaires ou priseurs, y aurait-il lieu à référé? *Q.* 3132. —Lorsque deux notaires, représentant des parties différentes, ont concouru à la confection d'un inventaire, quel est celui qui reste dépositaire de la minute? *Q.* 3132 *bis* (2).]

3127. *Quand il n'y a point eu d'apposition de scellés, le notaire peut-il recevoir le serment des priseurs?*

Cette question ne peut plus se présenter dans les villes où il existe des commissaires-priseurs assermentés; mais dans les autres villes, nous pensons, comme M. BOUSQUET, p. 128, que le serment doit être prêté devant le juge de paix, puisque le présent article est le seul du Code de procédure qui règle devant qui les experts-priseurs doivent prêter serment.

Il convient, d'ailleurs, continue M. Bousquet, que ce serment soit prêté devant un juge et non devant un notaire. Enfin, ce qui est réglé par le présent article est commun à tous les inventaires faits avec prisée, sans distinguer ceux faits après apposition ou sans apposition de scellés, entre majeurs ou mineurs.

[[Cette doctrine doit être suivie.

---

rantie que les biens qui la composent.

« Mais s'il ne se présente pas d'héritiers directs, qu'arrivera-t-il? Si un créancier direct se présente seulement, les avoués de ses créanciers ne peuvent assister pour lui, ni se disputer l'assistance ; dès qu'il exerce ses droits, ils ne peuvent les exercer.

« Mais s'il ne se présente pas, ni autre créancier direct, ses créanciers en sous-ordre le pourront, parce que l'art. 934 ne les repousse qu'à l'égard des créanciers directs, lesquels, n'ayant de sûreté que sur la succession, doivent être préférés. Alors l'ancienneté est réglée entre eux, comme entre créanciers directs. »]

(1) [Cette dernière disposition est dictée surtout par un motif d'économie. Il n'est pas dû de vacation aux experts pour prêter serment devant le juge de paix, ni aux avoués pour assister à cet acte. V. notre *Comm. du Tarif*, t. 2, p. 424, no 23.]

(2) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1o Les tribunaux de première instance n'ont, dans aucun cas, sauf le renvoi qui leur serait fait par le juge du référé, le droit de nommer le notaire qui doit procéder à l'inventaire : Turin, 14 1809 (*Jurisp. du Cod. civ.*, t. 14, p. 362 et suiv.);

2o Quand plusieurs inventaires, relatifs à la même succession, sont à faire sur plusieurs points, l'accord qui a eu lieu dans un arrondissement, sur le choix des notaires, n'est pas un obstacle à ce que, dans un autre arrondissement, d'autres notaires ne soient nommés, si une partie le requiert. Paris, 15 avril 1833 (*J. P.*, 3e édit., t. 25, p. 364).]

La Cour d'Orléans, le 21 août 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 682, DEVILL., 1837. 2.410) a cependant admis la validité du serment prêté devant le notaire chargé de l'estimation par l'expert qu'il se serait adjoint. Nous ne pensons pas, comme nous le disons sous la question suivante, que le notaire ait le droit de faire des actes de ce genre, bien que l'usage, lorsqu'il s'agit de successions modiques, paraisse l'y autoriser. Mais dans tous les cas, il est sans qualité pour recevoir le serment de l'expert, et l'art. 935 nous paraît formel à cet égard.]]

3128. *Dans les villes où il n'existe point de commissaires-priseurs, pourrait-on appeler une femme pour estimer le mobilier?*

Dans nos villes, on appelle souvent des femmes dont le commerce consiste dans l'achat et vente de vieux meubles, et que l'on appelle *revendeuses*. Nous croyons, avec M. Bousquet, qu'aucune loi n'interdisant d'appeler une femme pour estimer le mobilier, on ne pourrait critiquer le prisage qu'elle eût fait après serment.

[[La loi désigne taxativement les commissaires-priseurs et les experts pour assister le notaire lors de la confection de l'inventaire. On ne peut, au moins dans les chefs-lieux de leur résidence, faire un choix en dehors de ces deux classes qui, par leur position, donnent toute garantie à la justice. *Voy.* notamment la loi du 28 avril 1816, art. 89; DUVERGIER, t. 20, p. 356. Mais si, hors de ces chefs-lieux et dans l'inventaire d'une succession de peu d'importance, les parties, à défaut de commissaires-priseurs et d'experts dans l'endroit où elle s'est ouverte, désignaient d'un accord commun une ou deux revendeuses, nous ne pensons pas que personne fût recevable à quereller ce choix; toutefois, dans le cas de dissentiment des intéressés, le président du tribunal ne devrait pas faire un tel choix, malgré les raisons d'économie qui sembleraient le justifier : il convient alors de désigner un huissier ou le greffier de la justice de paix, comme nous le disons dans notre *Comm. du Tarif*, t. 2, p. 428, n° 7. Un usage assez généralement suivi est de confier cette prisée au notaire même, sauf à lui à se faire assister d'un expert; *Voy.* Douai, 26 août 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 112) et Orléans, 22 août 1837 (*ibid.*; t. 52, p. 682; DEVILL., 1836,2. 223.1837.2.410). Mais cette marche nous paraît peu régulière.]]

3129. *Lorsqu'on ne nomme qu'un notaire pour dresser inventaire, doit-il être assisté de témoins?*

Il doit être assisté de deux témoins, conformément à l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an XI.

[[La section de législation du Tribunat, dans ses observations sur le Projet de loi, avait demandé l'addition d'une disposition qui levât toute espèce de doute à cet égard. Sa demande ne fut pas prise en considération, mais on ne peut tirer de ce silence aucun argument contre la décision de M. Carré. La loi du 25 vent. an VIII s'est effectivement expliquée d'une manière suffisante.

Il est d'ailleurs presque inutile d'ajouter que le concours du second notaire et des témoins n'augmente pas les frais.]]

3130. *A qui appartient-il de choisir les notaires ou commissaires-priseurs qui devront procéder à la confection de l'inventaire?*

La Cour de Paris, par arrêt du 28 oct. 1808, a jugé que ce droit appartenait à la veuve commune et non à l'héritier du mari. (*Voy.* SIREY, t. 9, p. 38 et *J. Av.*, t. 21, p. 26.)

M. BOUSQUET, p. 127, et M. BIRET, t. 2, p. 44, estiment cet arrêt contraire

au texte de l'art. 935, et c'est aussi notre opinion. La Cour de Paris s'est fondée sur des usages admis au Châtelet de Paris et au Parlement; mais ces usages ne nous semblent pas pouvoir être invoqués sous l'empire du Code de procédure qui, par l'art. 935, exige référé en cas de dissentiment. Il est à remarquer, d'ailleurs, qu'il n'est pas question dans l'arrêt de cet art. 935; en sorte qu'on ne peut dire que la Cour en ait réellement rejeté l'application, surtout avec connaissance de cause.

[[La décision de la Cour de Paris a été approuvée par MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 700, not. 5, n° 1 et PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 641. Celle de M. Carré nous paraît plus conforme au texte de la loi.]]

3131. *Comment se porte* [[*et se juge*]] *le référé devant le président, lorsque les parties ne sont pas d'accord pour la nomination, soit des notaires, soit des priseurs?*

Suivant M. LEPAGE, dans son *Nouveau Style,* 4e édit., p. 750, le juge de paix devrait présenter au président le procès-verbal constatant la contestation et le renvoi en référé, et ce serait sur ce procès-verbal que le président apposerait l'ordonnance par laquelle il ferait la nomination.

Mais M. HAUTEFEUILLE, p. 551, dit au contraire que la partie la plus diligente devrait présenter requête au président, qui rendrait une ordonnance portant permission d'assigner devant lui à tel jour, auquel il ferait la nomination sur le procès-verbal.

Nous croyons que la marche indiquée par M. Lepage est celle qu'il convient de suivre, dans le cas surtout où le président réside dans le canton du juge de paix. Elle est plus expéditive, moins coûteuse et conforme d'ailleurs à ce qui se pratique, en général, relativement aux autres référés auxquels les opérations relatives aux scellés peuvent donner lieu. (*Voy.* art. 916, 919, 931, et nos observations sur ces articles.)

[[Elle est contraire à la solution que nous avons donnée à la *Quest.* 2766 *bis*, aux développements de laquelle il nous suffit ici de renvoyer. La désignation devra, comme celle du notaire chargé de représenter un absent, être faite sur une ordonnance donnée à la suite d'une requête en brevet. *Voy.* notre *Comm. du Tarif*, t. 2, p. 428, n° 5.

Il nous paraît d'ailleurs incontestable :

1° Que le président du tribunal, au lieu de procéder lui-même à la nomination du notaire, peut renvoyer à cet effet les parties à l'audience, conformément au droit que nous avons reconnu au juge du référé, sous la *Quest.* 2764 *quater;* Orléans, 24 déc. 1821 (*J. Av.*, t. 21, p. 61).

2° Que toutes les parties contestantes doivent être appelées au jugement qui commet le notaire, à peine de nullité de ce même jugement, puisqu'elles seraient privées, sans cela, du double degré de juridiction ; Bordeaux, 15 janv. 1807 (*J. Av.*, t. 21, p. 21).]]

3132. *Si des héritiers n'étaient pas d'accord entre eux pour le choix des notaires ou priseurs, y aurait-il lieu à référé?*

Oui, car la disposition de l'art. 936 ne s'applique pas seulement aux contestations des héritiers respectivement aux légataires, à l'exécuteur testamentaire ou aux autres personnes désignées et réciproquement, mais encore aux héritiers ou aux légataires entre eux ; ainsi donc, si de deux héritiers ou légataires l'un propose un notaire que l'autre refuse, il y a lieu à référé.

C'est aussi ce qu'a jugé la Cour d'Orléans, par arrêt du 31 mars 1808, cité par M. HAUTEFEUILLE, p. 551.

Telle est aussi l'opinion des auteurs des *Annales du Notariat*, t. 16, p. 451, mais pour le cas seulement où il y a opposition formelle de la part d'une ou plusieurs des parties intéressées à ce que le notaire qui serait nommé par les autres concourût à l'acte. Ces auteurs, en se fondant sur d'anciens statuts des notaires du Châtelet de Paris (Voy. *l'arrêt du* 28 *oct.* 1808, *suprà*, n° 3130), estiment que, dans le cas où deux notaires sont appelés pour un inventaire, ils doivent concourir entre eux, et que la minute demeure au plus ancien en réception; qu'enfin, si, après qu'un inventaire a été commencé, il survient à une subséquente vacation un nouveau notaire nommé par une partie ou ayant droit, il peut aussi concourir à l'acte, sauf à laisser la minute au notaire qui l'a commencé, encore que ce dernier soit moins ancien en réception; qu'enfin, s'il a été nommé plus de deux notaires, ce sont les deux plus anciens qui doivent faire l'opération, en sorte que les autres ne sont que conseils, et n'ont pas droit aux honoraires. On sent que ces observations n'ont d'autre résultat que de tracer aux notaires ce qu'il serait convenable de faire, dans le cas où plusieurs seraient appelés par différents intéressés; mais il n'en reste pas moins vrai que si les parties ou les notaires n'entendent pas se conformer à ces observations, il faut bien en venir à la voie du référé.

[[M. Carré semble dire ici que si les notaires ne s'entendent pas sur le choix du dépositaire de la minute, le juge du référé devra le désigner. Ce serait une erreur. (*Voy.* notre question suiv.)

Mais en ce qui concerne la question posée en tête de ce numéro, la solution de M. Carré est la nôtre; c'est aussi l'avis de M. Thomine Desmazures, t. 2, p. 559.]]

[[**3132** bis. *Lorsque deux notaires, représentant des parties différentes, ont concouru à la confection d'un inventaire, quel est celui qui reste dépositaire de la minute?*

Il peut arriver que l'une des parties représentées par l'un des notaires ait dans la succession une part plus grande que l'autre; mais cette circonstance est sans importance pour la solution de la question proposée, puisqu'une fois l'inventaire terminé, l'intérêt des parties, à raison de l'étendue de leurs droits, cesse entièrement, et que, dès lors, la présomption est que la minute restera intacte chez un notaire aussi bien que chez l'autre. Le droit des deux notaires étant égal, il est juste de le régler par l'ancienneté, et d'attribuer la minute à celui qui exerce depuis le plus long temps ses fonctions.

On pourrait seulement se demander s'il n'est pas permis au président de faire un choix contrairement à un usage, respectable sans doute, mais qui ne peut avoir force de loi. La Cour de cassation, le 30 juill. 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 270), a jugé qu'il y avait attribution forcée en faveur du notaire le plus ancien, et cette décision paraît d'ailleurs conforme au principe que nous avons émis sous la *Quest.* 3123. La Cour de Paris, les 22 août 1831, 13 juin 1832 (*J. P.*, 3e éd., t. 24, p. 1160), et 24 août 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 352; Devill., 1831.2.311; 1833.2.358; 1836.2.114), s'est aussi rangée à cette opinion, que consacrent, à Paris, les statuts adoptés par la Chambre des notaires.]]

Art. 936. Le procès-verbal de levée contiendra,

1° La date; 2° les noms, profession, demeure et élection de domicile du requérant; 3° l'énonciation de l'ordonnance délivrée pour la levée; 4° l'énonciation de la sommation prescrite par l'article 931 ci-dessus; 5° les comparutions et dires des parties; 6° la nomination

des notaires, commissaires-priseurs et experts qui doivent opérer; 7° la reconnaissance des scellés, s'ils sont sains et entiers; s'ils ne le sont pas, l'état des altérations, sauf à se pourvoir ainsi qu'il appartiendra pour raison desdites altérations; 8° les réquisitions à fin de perquisitions, le résultat desdites perquisitions, et toutes autres demandes sur lesquelles il y aura lieu de statuer.

[Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 424, n° 24.]— Cod. proc. civ., art. 917, 931.— Cod. pén., art.249 et suiv.— [Arm. Dalloz, v° *Scellés*, nos 64 et 65.

QUESTIONS TRAITÉES : La date du procès-verbal doit-elle contenir mention de l'heure à laquelle les scellés sont apposés? *Q.* 3133.—S'il y a eu contestation sur l'apposition des scellés, et ordonnance ou jugement qui en ait ordonné la levée provisoire ou définitive, faut-il l'énoncer dans le procès-verbal? *Q.* 3134.—Comment faut-il entendre ces expressions de l'art. 936, n° 7 : *Sauf à se pourvoir ainsi qu'il appartiendra? Q.* 3134 *bis.* — Quand le juge de paix constate que les scellés n'ont pas été trouvés sains et entiers, doit-il surseoir à la levée? *Q.* 3135.]

3133. *La date du procès-verbal doit-elle contenir mention de l'heure à laquelle les scellés sont apposés?*

La date de ce procès-verbal doit être exprimée par an, mois, jour et *heure :* la mention de l'heure est d'autant plus nécessaire qu'elle sert à faire vérifier quand la vacation a été commencée, et si l'on a employé le temps prescrit.

[[C'est aussi notre avis.]]

3134. *S'il y a eu contestation sur l'apposition des scellés, et ordonnance ou jugement qui en ait ordonné la levée provisoire ou définitive, faut-il l'énoncer dans le procès-verbal?*

Oui, dit [[avec raison]] M. PIGEAU, t. 2, p. 587, en argumentant de l'art. 914, § 5; qui veut que, dans le procès-verbal d'apposition, on énonce l'ordonnance qui permet le scellé, s'il en a été rendu.

[[**3134** bis. *Comment faut-il entendre ces expressions de l'art.* 936, *n°* 7 : Sauf à se pourvoir ainsi qu'il appartiendra?

Le juge de paix, après avoir constaté, sur son procès-verbal, la dégradation ou le bris des scellés, doit, sur la réquisition des parties et même d'office, en donner avis au procureur du roi, en lui transmettant la partie dudit procès-verbal qui le constate.

Les héritiers qui ont, sciemment et sans l'assistance du juge de paix, rompu les scellés apposés sur les effets de la succession, sont passibles des peines portées par l'art. 252 du Code pénal, lors même qu'il ne serait résulté de cet acte aucun préjudice à l'égard des autres parties. Cassat., 17 mars 1812 et 22 juill. 1813 (DEVILL., *Collect. nouv.*, 4.2.57.400; DALLOZ, t. 11, p. 480.882). Telle est l'opinion que nous avons émise, avec M. Hélie, dans notre *Théorie du Code pénal*, t. 4, p. 481.]]

3135. *Quand le juge de paix constate que les scellés n'ont pas été trouvés sains et entiers, doit-il surseoir à la levée?*

Les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 245, pensent que le juge de paix ne doit passer outre à la levée que sur une ordonnance du président rendue sur référé. C'est, en effet, ce qui se pratiquait autrefois; mais M. PIGEAU, t. 2, p. 588, estime que ce référé n'est pas nécessaire; et telle est aussi notre opinion, fon-

dée sur ce que l'art. 936 exige seulement que le juge de paix constate l'état des altérations.

Ces altérations doivent être constatées et détaillées avec d'autant plus de soin, qu'elles peuvent souvent caractériser un crime punissable d'après les dispositions des art. 249 et suiv. du Code pénal.

[[Cette solution est, avec raison, adoptée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 613, et THOMINE-DESMAZURES, t. 2, p. 560.]]

ART. 937. Les scellés seront levés successivement et à fur et mesure de la confection de l'inventaire : ils seront réapposés à la fin de chaque vacation.

Tarif, 16, 92, 94.—Cod. civ., art. 486.—Cod. comm., 486 et suiv.

[QUESTIONS TRAITÉES : Est-ce au notaire qui procède à l'inventaire à réapposer les scellés à la fin de chaque vacation? *Q.* 3136.—Est-ce à la fin de chaque vacation de trois heures ou seulement à la fin de chaque séance que doit avoir lieu la réapposition? *Q.* 3136 *bis.*]

3136. *Est-ce au notaire qui procède à l'inventaire à réapposer les scellés à la fin de chaque vacation?*

La Cour d'Agen, dans ses observations sur l'art. 986 du Projet, élevait des doutes sur cette question, et demandait que l'on consacrât, par une autre disposition que celle contenue dans cet article, l'ancien usage reçu en plusieurs provinces, d'après lequel le juge reconnaissait les scellés, et, à la première vacation, autorisait les notaires à les lever et réapposer : réapposition qui n'avait ordinairement lieu que pour les papiers.

Cependant l'art. 937 est resté conçu dans les mêmes termes que le Projet, et tous nos auteurs s'accordent à dire que c'est au juge de paix à lever et réapposer successivement les scellés (*voy.* entre autres PIGEAU, t. 2, p. 577 et 589, et le *Prat.*, t. 5, p. 249) ; telle a été très certainement l'intention du législateur, puisqu'il n'a pas désigné le notaire.

[[Nous partageons cette opinion.]]

[[**3136.** bis. *Est-ce à la fin de chaque vacation de trois heures, ou seulement à la fin de chaque séance que doit avoir lieu la réapposition?*

Nous pensons, avec M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 561, que la loi n'exige la réapposition des scellés qu'à la fin de chaque séance; ce serait multiplier inutilement les frais que d'exiger la réapposition à la fin de chaque vacation.]]

ART. 938. On pourra réunir les objets de même nature, pour être inventoriés successivement suivant leur ordre; ils seront, dans ce cas, replacés sous les scellés.

[QUESTION TRAITÉE : Que fait-on, si les objets de même nature, réunis pour être inventoriés, conformément à l'art. 938, sont disséminés et renfermés dans des meubles différents, ou dans le même meuble, sans ordre? 3137.]

3137. *Que fait-on si les objets de même nature, réunis pour être inventoriés, conformément à l'art.* 938, *sont disséminés et renfermés dans des meubles différents, ou dans le même meuble, mais sans ordre ?*

On lève le scellé, on met ces objets en ordre, et s'ils ne peuvent pas être inventoriés sur-le-champ, on les replace dans les meubles, que l'on scelle

de nouveau jusqu'à l'inventaire. Cela se pratique particulièrement pour le linge, les hardes et habits, la vaisselle, etc. (*V.* PIGEAU, t. 2, p. 589, et DEMIAU-CROUZILHAC, p. 631.)

[[Cet usage est conforme au vœu de la loi.]]

ART. 939. S'il est trouvé des objets et papiers étrangers à la succession et réclamés par des tiers, ils seront remis à qui il appartiendra; s'ils ne peuvent être remis à l'instant, et qu'il soit nécessaire d'en faire la description, elle sera faite sur le procès-verbal des scellés, et non sur l'inventaire.

[Arm. Dalloz, v° *Scellés*, nos 66 à 68.

QUESTIONS TRAITÉES : Le juge de paix peut-il, sans en être requis, examiner les papiers qui se trouvent sous les scellés? *Q.* 3137 *bis.* — Les papiers et objets étrangers à la succession doivent-ils être décrits dans le procès-verbal des scellés, lorsqu'ils ne sont pas réclamés par des tiers? *Q.* 3137 *ter.* —S'il y a opposition à la remise d'objets réclamés par des tiers, qu'est-ce que le juge de paix doit faire et devant qui les parties devront-elles se pourvoir? *Q.* 3138.]

[[**3137** bis. *Le juge de paix peut-il, sans en être requis, examiner les papiers qui se trouvent sous les scellés?*

Non. V., *suprà*, notre question 3086 bis.]]

[[**3137** ter. *Les papiers et objets étrangers à la succession doivent-ils être décrits dans le procès-verbal des scellés, lorsqu'ils ne sont pas réclamés par des tiers?*

La description est une opération longue et dispendieuse, que le juge de paix ne peut ordonner, hors des cas où elle est prescrite par la loi. On conçoit que, s'il ne s'élève aucune difficulté sur la propriété des objets, s'il est reconnu de tous qu'ils n'appartiennent ni à la succession, ni aux opposants, une description est inutile et impose au véritable propriétaire des frais qu'il est en droit de considérer comme frustratoires, et qui retomberaient par conséquent à la charge de la succession : c'est donc aux parties présentes à s'opposer à cette mesure, et, si le juge de paix persiste à se pourvoir en référé. *Voy.*, dans ce sens, un arrêt de Paris, 8 sept. 1825 (*J. A.*, t. 30, p. 396).]]

3138. *S'il y a opposition à la remise d'objets réclamés par des tiers, qu'est-ce que le juge de paix devra faire.* [[*Où les parties devront-elles se pourvoir?*]]

L'art. 939 n'a pas prévu le cas d'opposition, puisqu'il ordonne que, sur la réclamation des tiers, les objets leur seront remis. Mais, dans ce cas, nous pensons, avec M. CROUZILHAC, p. 631, que le juge de paix doit faire mention de l'opposition, dans son procès-verbal, décrire les objets réclamés, quand bien même les héritiers prétendraient qu'ils appartiennent à la succession, et renvoyer les parties à se pourvoir. Nous croyons aussi qu'il ferait bien de les faire priser, parce que, s'il était décidé qu'ils resteraient à la succession, son procès-verbal servirait de supplément à l'inventaire, et si, au contraire, il était décidé qu'ils devraient être remis à celui qui les aurait réclamés, il n'y aurait rien à changer à l'inventaire.

[[Cette solution doit être suivie.

C'est devant le juge du référé que les parties, en cas d'opposition, devraient se pourvoir, conformément aux principes établis sous notre *Quest.* 3089 bis. *V.* aussi notre *Comm. du Tarif*, t. 2, p. 425, n° 32.]]

ART. 940. Si la cause de l'apposition des scellés cesse avant qu'ils soient levés, ou pendant le cours de leur levée, ils seront levés sans description.

Tarif, 91.—Cod. proc. civ., art. 907 et suiv. 930.—[Locré, t. 23, p. 302, n° 8.
QUESTIONS TRAITÉES : Pour que les scellés soient levés sans description, suffirait-il, d'après l'art. 940, que l'intérêt de la partie qui a fait faire l'apposition eût cessé? Q. 3139. — L'art. 940, Cod. proc. civ., est il applicable au cas où un mineur qui a un tuteur légal est intéressé dans une succession, et où les scellés n'ont été apposés d'office par le juge de paix qu'à cause de l'absence de ce tuteur, ou de certains des héritiers, qui tous sont présents ou représentés lors de la levée des scellés? Q. 3140.]

3139. *Pour que les scellés soient levés sans description, suffirait-il, d'après l'art.* 940, *que l'intérêt de la partie qui a fait faire l'apposition eût cessé?*

Non; il faut aussi que celui des opposants n'existe plus; car tout opposant ayant droit de faire faire l'apposition des scellés doit être subrogé aux droits de celui à la requête duquel elle a eu lieu, et qui est désintéressé.

Le scellé est, en effet, comme le remarque M. PIGEAU, t. 2, p. 593, une véritable saisie; et il faut argumenter ici de l'art. 696, qui veut qu'en saisie réelle, il ne puisse y avoir de radiation que du consentement des créanciers, ou en vertu de jugements rendus contre eux, à moins qu'ils ne fussent eux-mêmes désintéressés.

[[Cette décision nous paraît bien fondée. Elle est confirmée par un arrêt de Paris, 1er déc. 1808 (DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.2.443).]]

3140. *L'art.* 940 *du Code de procédure civile est-il applicable au cas où un mineur qui a un tuteur légal est intéressé dans une succession, et où les scellés n'ont été apposés d'office par le juge de paix qu'à cause de l'absence de ce tuteur, ou de certains des héritiers, qui tous sont présents ou représentés lors de la levée des scellés?*

Non, dit M. BOUSQUET, p. 151 : lorsqu'il doit nécessairement être fait inventaire ou description, parce que l'un des héritiers est mineur ou que les héritiers, quoique tous majeurs, ne veulent accepter la succession que sous bénéfice d'inventaire, les scellés ayant été bien apposés, leur apposition profite à ce mineur et à tous ceux qui pourraient y avoir intérêt. Dès lors, quelle que soit la cause de leur apposition, ils ne peuvent plus être levés qu'avec inventaire ou description, conformément à l'art. 937.

[[Il nous paraît également certain, et c'est l'avis de M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 563, que la levée des scellés ne pouvant avoir lieu sans description ou inventaire, lorsque quelques-uns des héritiers sont mineurs, la nomination ou la présence de tuteurs, dont le défaut ou l'absence avait provoqué l'apposition d'office, fait bien, à la vérité, cesser la cause première de cette apposition, mais ne détruit nullement son effet principal, qui est indépendant de cette circonstance. Toutefois, si l'un des héritiers requiert la levée des scellés sans description, et que toutes les parties soient d'accord pour repousser cette dernière mesure, le juge de paix, n'ayant nullement qualité pour l'ordonner d'office, comme l'a reconnu la Cour d'Aix, le 28 juill. 1830 (*J. P.*, 3e éd., t. 23, p. 727), est tenu de se conformer à leur intention formellement manifestée, sauf les réserves de droit et la responsabilité légale du tuteur.]]

TITRE IV.

De l'Inventaire.

En général, on appelle *inventaire* tout acte dressé, soit après décès (1), soit en cas de faillite (2) ou d'absence déclarés d'une personne (3), à l'effet de constater en détail l'existence, le nombre et la nature de ses effets mobiliers, titres et papiers.

L'inventaire qui a lieu après décès est l'*acte notarié* (4) contenant description de ces objets, avec prisage, *à leur juste valeur* (5), des effets susceptibles d'estimation.

Cette mesure n'est pas seulement nécessaire lorsqu'il se trouve parmi les héritiers des mineurs, des interdits ou des absents; elle est encore utile, soit lorsque les héritiers majeurs et présents ne sont pas d'accord pour opérer le partage à l'amiable, soit lorsqu'ils ne jugent pas la succession tellement avantageuse qu'ils puissent l'accepter de suite, soit même, dans le cas contraire, lorsque des femmes mariées sont appelées à y prendre part, etc. (6).

Quelles sont les personnes qui peuvent requérir l'inventaire? En présence de qui doit-il être dressé? Que doit-il contenir? En quel cas et comment doit-on se pourvoir en référé dans le cours de l'opération?

Tels sont, en cette matière, les objets des dispositions du Code de procédure.

ART. 941. L'inventaire peut être requis par ceux qui ont droit de requérir la levée du scellé.

Tarif, 168. — Cod. civ., art. 279, 451, 461, 600, 626, 794 et suiv., 1031, 1058, 1504.—Décret du 10 brum. an XIV.—Cod. comm., art. 486.—Cod. pén., art. 909, 910, 911, 930 et 1000.—[Dict. gén. de proc., vo *Scellés et inventaire*, nos 66, 75 à 79.—Arm. Dalloz, vo *Inventaire*, nos 60 à 77.

QUESTIONS TRAITÉES : Si plusieurs parties requièrent l'inventaire, au nom de laquelle devra-t-il être fait? *Q.* 3141.—L'héritier peut-il faire procéder à l'inventaire, lorsque l'usufruit de tous les biens a été légué à un tiers? *Quid* si ce dernier est dispensé de faire inventaire par le donateur? *Q.* 3141

---

(1) *V.* Cod. civ., art. 25, 451, 795, 813, 1414, 1456.

(2) *V.* Cod. de comm., art. 486.

(3) *V.* Cod. civ., art. 126.

(4) Nous disons *l'acte notarié*, parce qu'il appartient exclusivement aux notaires de dresser tous les inventaires, à la seule exception de ceux des faillis, qui se font par les syndics provisoires de la faillite, avec l'assistance du juge de paix. [Il n'y a plus de syndics provisoires; *V.* la nouvelle loi.]

(5) Nous disons *à leur juste valeur*, aux termes de l'art. 943, § 3, qui supprime sans distinction *la crue* du quart, appelée en Bretagne *parisis*, ailleurs *quint en sus* ou *cinquième denier:* c'était une augmentation ou supplément de prix qui, dans quelques pays et en certains cas, était due, outre le montant de la prisée des meubles, par ceux qui devaient en rendre la valeur, et notamment par les tuteurs. (DUPARC-POULLAIN, t. 1, p. 262, no 76.) Elle avait été introduite pour suppléer à ce que l'on présumait manquer à la juste valeur des effets mobiliers compris dans un inventaire, relativement à la prisée qui en est faite (*Nouv. Répert.*, vo *Crue*); et afin de rendre indemne de ce supplément celui qui devait compte, les priseurs estimaient au-dessous du quart de la valeur.

(6) Quand la succession échoit à une femme mariée, l'inventaire est nécessaire, puisque le mari, devant compte de l'administration des biens de la femme, a besoin d'une preuve légale qui constate ce qui lui est advenu; et alors même que la succession est échue personnellement au mari, l'inventaire est indispensable pour régler, aux termes de l'art. 1414, Cod. civ., la portion des dettes de cette succession qui sera à la charge de la communauté.

bis.—L'époux survivant, non commun en biens, peut-il requérir l'inventaire des objets composant la succession de son conjoint ? 3141 *ter.*]

3141. *Si plusieurs parties requièrent l'inventaire, au nom de laquelle devra-t-il être fait ?*

Il paraît que c'est au nom de la partie qui se trouve la première indiquée dans l'art. 909, article auquel le 941ᵉ renvoie indirectement, en disposant que l'inventaire peut être requis par ceux qui ont droit de requérir la levée du scellé.

Ainsi, par exemple, la Cour de Bruxelles, par arrêt du 9 août 1808 (voy. *Jurispr. du Code civ.*, t. 2, p. 76, et *J. Av.*, t. 22, p. 24), a décidé que l'héritier, même bénéficiaire, était préférable à l'exécuteur testamentaire, quoique le testament eût donné la saisine à ce dernier.

[[Cette solution a été adoptée par M. BERRIAT SAINT-PRIX, t. 2, p. 699. M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 631, pense, au contraire, que l'art. 909 n'est pas applicable en ce cas, et que, lorsque plusieurs parties requièrent l'inventaire, c'est au président du tribunal à faire entre elles le choix de celle qui poursuivra cette opération.

Enfin, une troisième opinion a été présentée par M. ROLLAND DE VILLARGUES, *Répert. du Not.*, t. 4, p. 399, d'après laquelle l'inventaire demandé par plusieurs prétendants droit devrait être fait à la requête de tous conjointement.

La question de préférence s'est rarement présentée dans la jurisprudence, au moins dans celle des Cours royales, et l'on conçoit facilement que des arrangements amiables aient presque toujours prévenu de tels débats.

Il n'en est pas moins vrai que la règle posée par MM. Carré et Berriat Saint-Prix doit être suivie toutes les fois que le débat s'agite entre des parties intéressées appartenant aux diverses catégories énumérées par l'art. 909. Ainsi, l'héritier ou l'exécuteur testamentaire devraient incontestablement être préférés aux créanciers fondés ou non en titre exécutoire (1). Quant aux serviteurs et domestiques, qui ne peuvent requérir la levée des scellés (930), ils ne peuvent non plus demander la confection de l'inventaire. La question ne s'élève donc pas à leur égard.

Mais lorsque plusieurs intéressés appartenant à la même catégorie se présentent concurremment pour procéder à cette opération, nous ne voyons pas pourquoi l'un d'eux serait exclu de ce droit, qui s'exerce au profit de tous, et non d'une seule ou plusieurs personnes. Nous ne pouvons donc approuver l'arrêt précité de Bruxelles, qui, en présence de l'héritier, exclut l'exécuteur testamentaire; et nous ne distinguerons même pas si ce dernier a été ou non investi de la saisine, puisque, dans tous les cas, l'art. 1031 du Code civil l'autorise et même l'oblige à requérir l'inventaire. Un autre arrêt de la même Cour, du 16 mars 1811 (*J. Av.*, t. 21, p. 38; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.2.446), nous paraît s'être mieux conformé aux véritables principes, en décidant que l'exécuteur testamentaire n'a pas le droit de procéder à cette mesure, lorsque les héritiers lui offrent une somme suffisante pour l'acquittement des legs et des dettes : dans ce cas, effectivement, il se trouve désintéressé, et sa présence à l'inventaire devient sans objet.]]

[[**3141** bis. *L'héritier peut-il faire procéder à l'inventaire lorsque l'usufruit de tous les biens a été légué à un tiers?* Quid *si ce dernier est dispensé de faire inventaire par le donateur ?*

D'après la solution donnée à la précédente question, l'héritier investi de la

---

(1) [Ceux-ci ne peuvent d'ailleurs réclamer l'inventaire, si l'héritier accepte purement et simplement, suivant la juste observation de M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 564.]

nue propriété ne pourrait être considéré comme dépouillé du droit de requérir l'inventaire, que tout autant qu'il serait sans intérêt à former cette demande. Or, il est évident que le mobilier de la succession devant lui revenir un jour, il est important pour lui d'en connaître la consistance. Aussi a-t-il été jugé avec raison, par la Cour de Poitiers, 29 avril 1807 (*J. Av.*, t. 21, p. 21; DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.2.235), que l'héritier, dans ce cas, est en droit de faire procéder à l'inventaire, et cette décision est approuvée par M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 699, note 3, n° 2. M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 646 la critique; mais il se fonde uniquement sur ce que, dans l'espèce, le légataire avait été dispensé de cette formalité, ce qui, d'après cet auteur, impliquait de la part du testateur l'intention de s'en rapporter à la bonne foi de l'usufruitier. La question, comme on le voit, change de face, et il ne s'agit plus que d'apprécier la valeur d'une semblable dispense : or, nous croyons, avec la Cour de Paris, 20 vent. an XI (*J. Av.*, t. 21, p. 16), qu'elle n'a pas pour objet d'affranchir le légataire de l'accomplissement d'une mesure prescrite par la loi (1), utile d'ailleurs à toutes les parties, mais seulement de le rendre indemne des frais qu'elle nécessite. En jugeant donc, dans l'espèce proposée, que l'héritier était tenu de faire procéder à l'inventaire *à ses dépens*, la Cour de Poitiers nous paraît avoir concilié tous les droits et tous les intérêts. *Voy.*, dans le même sens, un arrêt de Bruxelles, 10 juin 1812 (*J. Av.*, t. 21, p. 45; DEVILL., *Collect. nouv.*, 4.2.128).

On pourrait envisager la difficulté sous un autre point de vue, et se demander si, dans le cas de dispense, l'héritier n'est pas, de préférence au légataire, autorisé à accomplir cet acte; mais le sens véritable de cette clause, tel que nous l'avons expliqué, repousse, ce nous semble, toute exclusion, et nous ne doutons pas que l'usufruitier, s'il le veut, ne soit admis à y participer, concurremment avec le nu-propriétaire, et à frais communs. *Voy.*, sur ce point, notre précédente question.]]

[[**3141** ter. *L'époux survivant, non commun en biens, peut-il requérir l'inventaire des objets composant la succession de son conjoint?*

Il est incontestable que ce droit ne lui appartient pas, s'il n'a pas de répétitions à exercer contre la succession. Il peut seulement demander que l'inventaire soit fait en sa présence, pour empêcher que l'on n'y comprenne ses propres biens. Mais lorsque la femme, même séparée de biens ou mariée sous le régime dotal, a des répétitions à exercer, soit à raison de l'administration de ses paraphernaux, soit pour tout autre motif, elle est *créancière*, et, à ce titre, elle rentre dans la 2e classe des ayants droit, indiquée par l'art. 909, et par conséquent l'exercice de la faculté de requérir l'inventaire est subordonné aux mêmes conditions.

Voy., au surplus, M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 629.]]

ART. 942. Il doit être fait en présence, 1° du conjoint survivant, 2° des héritiers présomptifs, 3° de l'exécuteur testamentaire, si le testament est connu, 4° des donataires, et légataires universels ou à titre universel, soit en propriété, soit en usufruit, ou eux dûment appelés, s'ils demeurent dans la distance de cinq myriamètres; s'ils demeurent au delà, il sera appelé pour tous les absents un seul no-

---

(1) [Cette opinion est développée par M. Gustave Bressolles, dans son intéressante dissertation *sur le bénéfice d'inventaire*, insérée dans la *Revue de Législation et de Jurisprudence*, t. 17, p. 48.]

taire, nommé par le président du tribunal de première instance, pour représenter les parties appelées et défaillantes.

Tarif, 164. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 429, nos 8 à 12.]—Cod. proc. civ., art. 931. — [Arm. Dalloz, v° *Inventaire*, nos 78 à 115.—Locré, t. 23, p. 278, n° 7.

QUESTIONS TRAITÉES : Les créanciers ont-ils le droit d'assister à l'inventaire? Q. 3142. — L'enfant naturel reconnu a-t-il droit d'assister à l'inventaire? Q. 3143.— Le mineur émancipé peut-il assister à l'inventaire sans l'assistance de son curateur? Q. 3143 *bis*. — Le juge de paix peut-il assister à l'inventaire d'une succession dans laquelle un mineur est intéressé? Q. 3143 *ter*.—Le tuteur doit-il nécessairement assister à la levée des scellés? Q. 3144.—Un tuteur ou subrogé tuteur peut-il assister à l'inventaire par un fondé de pouvoir? Q. 3145. — Dans quelle forme les parties qui ont le droit d'assister à l'inventaire doivent-elles y être appelées? Q. 3145 *bis*. — Le défaut de sommation aux parties qui ont le droit d'assister à l'inventaire, entraînerait-il la nullité de cet acte? Q. 3145 *ter*. — Si le droit d'une partie à se présenter à une inventaire est contesté par les autres, que doit faire le président du tribunal, jugeant en audience de référé? Q. 3145 *quater*. — Par qui sont supportés les frais des vacations du notaire nommé pour représenter les absents et défaillants, et les autres frais d'inventaire? Q. 3146. — Les parties non *présentes* peuvent-elles être représentées par le même notaire que les *présumés absents*? Q. 3146 *bis*.]

3142. *Les créanciers ont-ils le droit d'assister à l'inventaire?*

Non, dit M. PIGEAU, t. 2, p. 597, encore bien qu'ils aient requis l'inventaire, parce que l'art. 942 ne les a point compris parmi les parties qu'il désigne. Mais M. MERLIN (voy. *Nouv. Repert.*, au mot *Inventaire*, § 4, t. 6, p. 476), maintient que les créanciers ont le droit d'assister à l'inventaire, lorsqu'ils ont formé opposition à la levée des scellés ; il se fonde sur l'art. 932. Et, en effet, comme le remarque M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 700, note 4, cet article leur ayant accordé expressément le droit d'assister, il aurait fallu une disposition positive pour les en priver. Or, l'art. 942 ne contient rien de semblable ; il dit seulement que l'*inventaire doit être fait en présence, etc.*

Nous ferons observer que la Cour d'Amiens, par arrêt du 25 fév. 1809 (*voy.* SIREY, t. 10, p. 90), a décidé qu'il n'était pas nécessaire, pour la régularité d'un inventaire, d'y appeler les créanciers de la succession, parce que l'art. 942 ne les indique pas; mais les raisons ci-dessus nous paraissent devoir l'emporter.

[[L'opinion de M. Carré a été adoptée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 122, et BILHARD, *Traité du Bénéfice d'inventaire*, p. 70. M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 565, croit, au contraire, que les créanciers ne doivent pas être appelés; mais il leur permet d'assister à l'inventaire, en convenant d'un mandataire commun, conformément à l'art. 932.

Les termes de cette dernière disposition, combinés avec ceux de l'art. 931, nous paraissent ne permettre aucun doute à cet égard. « Les opposants ne pourront assister, soit en personne, soit par un mandataire, qu'à la première vacation (de la levée du scellé et de l'inventaire, comme il est dit plus haut). Ils seront tenus de se faire représenter aux vacations suivantes. » Ainsi leur droit est en lui-même incontestable, et l'art. 942 n'avait pas besoin de le confirmer.

Les créanciers opposants à la levée des scellés doivent donc être cités au domicile élu dans leur opposition (931). Il en sera de même de ceux qui ont requis l'inventaire, mais auxquels l'héritier, le conjoint commun en biens, etc., ont dû être préférés, à moins qu'ils ne se présentent que pour la conservation des droits de leur débiteur (art. 934).]]

3143. *L'enfant naturel reconnu a-t-il droit d'assister à l'inventaire?*

C'est notre opinion, fondée sur les motifs de la solution donnée sur la question 3116, et c'est, d'ailleurs, ce qui a été décidé par un jugement du tribunal de

Paris, du 14 fruct. an XI, rapporté au t. 11 de la *Jurisprudence du Code civil*, p. 108.

[[Nous adoptons cette doctrine, qui, du reste, est enseignée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 122, et BILHARD, p. 75 et 76. *Voy.* nos observations sur la *Quest.* 3116.]]

[[**3143** bis. *Le mineur émancipé peut-il assister à l'inventaire sans l'assistance de son curateur?*

L'art. 910 lui permet de requérir sans cette assistance, l'apposition des scellés sur les effets de la succession : on peut objecter, il est vrai, qu'il s'agit là d'une mesure non-seulement conservatoire, mais urgente, et dont l'accomplissement peut être réclamé même par les serviteurs et domestiques. Cependant, en ce qui concerne la levée des scellés, qui se lie si étroitement à l'inventaire, l'art. 929 dispose qu'il y sera sursis, lorsque quelques-uns des héritiers sont mineurs, jusqu'à ce qu'ils aient *été pourvus de tuteurs ou émancipés*. La loi ne dit pas : *pourvus de curateurs*, ce qui suppose, quant à ces derniers, le maintien, lors de la levée des scellés, du droit qu'elle leur attribue à raison de l'apposition. Nous ne voyons pas pourquoi il en serait autrement pour l'inventaire, surtout si l'on compare la nature de cet acte à ceux qu'énumère l'art. 482 du Code civil, et auxquels le mineur émancipé ne peut procéder sans l'assistance de son curateur. Aussi, et nonobstant l'avis contraire de M. ROLLAND DE VILLARGUES, *Répert. du Not.*, t. 4, p. 401, n'hésitons-nous pas à adopter l'affirmative sur la question proposée. C'est, d'ailleurs, l'avis de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 123.]]

[[**3143** ter. *Le juge de paix peut-il assister à l'inventaire d'une succession dans laquelle un mineur est intéressé?*

Oui, sans doute, lorsque les scellés ont été apposés, et qu'il est, par conséquent, indispensable de les lever et de les replacer à la fin de chaque vacation. Là, du reste, se borne la mission du juge de paix, qui n'a point qualité pour représenter les mineurs ou les parties absentes, ni pour prendre en leur nom des mesures conservatoires, comme l'a jugé la Cour d'Aix, le 28 juill. 1830. (*J.P.*, 3e éd., t. 23, p. 727.)]]

3144. *Le tuteur doit-il nécessairement assister à la levée des scellés?* [[*Est-il besoin de l'autorisation du conseil de famille, pour faire procéder à l'inventaire?*]]

A la rigueur, la présence du tuteur n'est pas nécessaire à la levée des scellés, mais celle du subrogé tuteur est indispensable. (Argum. de l'art. 451, Cod. civ.)

[[La loi suppose la présence du tuteur à cet acte, au moins lorsqu'il s'agit de l'inventaire des biens propres du mineur, puisqu'elle dispose que s'il lui est dû quelque chose par son pupille, il doit le déclarer dans l'inventaire, à peine de déchéance, sur la réquisition que l'officier public est tenu de lui faire et de mentionner dans son procès-verbal (art. 451, Cod. civ., V. *Quest.* 3151). On conçoit néanmoins que ce n'est pas là une prescription formelle d'assister à la confection de l'inventaire. Mais le devoir du tuteur résulte des obligations que lui imposent ses fonctions, et dont l'inaccomplissement serait la source, à son égard, d'une grave responsabilité. Du reste la confection de cet acte étant une mesure conservatoire qui n'emporte pas immixtion, nous pensons qu'il pourrait la requérir, s'il y avait lieu, sans avoir besoin de l'autorisation du conseil de famille.

Voy. notre *Comment. du Tarif*, t. 2, p. 429, n° 11 ; *Voy.* aussi la question suivante.

Quant au subrogé tuteur, M. ROLLAND DE VILLARGUES, *Répert. du Notariat*, t. 4, p. 401, enseigne que sa présence n'est nécessaire qu'autant que le mineur aurait des intérêts contraires à ceux de son tuteur. (*Voy.* aussi M. DURANTON, t. 3, n° 415). Il est pourtant d'usage qu'il assiste toujours, aussi bien que ce dernier, à l'inventaire ; et nous croyons que, sans être indispensable, ainsi que le dit M. Carré, la présence du subrogé tuteur est pour le pupille une nouvelle garantie que ses intérêts seront protégés, et qu'ainsi les autres parties ne pourraient demander qu'il y fût procédé en son absence.]]

3145. *Un tuteur ou subrogé tuteur peut-il assister à l'inventaire par un fondé de pouvoir ?*

Il est certain qu'en général ceux qui ont droit d'assister à l'inventaire ont droit de s'y faire représenter par un fondé de procuration.

D'après ce principe, POTHIER, dans son *Traité de la Commun.*, n° 797, décide que le tuteur ou le subrogé tuteur peut user de cette faculté ; mais M. PIGEAU, t. 2, p. 597, combat cette opinion, parce qu'il est des actes, et l'inventaire est de ce nombre, qui exigent une surveillance personnelle, que le tuteur ou subrogé tuteur ne peut jamais exercer aussi efficacement par un autre que par lui.

Nous croyons cette distinction fondée, et nous argumenterions, pour la justifier, de la disposition de l'art. 451, Cod. civ., qui exige que le tuteur fasse procéder à l'inventaire *en présence du subrogé tuteur*, sans autoriser celui-ci à se faire représenter par un mandataire.

[[La décision de M. Carré, repoussée par MM. DALLOZ, v° *Scellés*, 11, n° 14, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 565, nous paraît également beaucoup trop rigoureuse. En principe, il est permis à toute personne de se faire représenter par un mandataire, et l'on ne trouve ici aucune dérogation à cette règle. Quel inconvénient présente d'ailleurs notre opinion, puisque le tuteur est, dans tous les cas, responsable des faits et même de la négligence de celui qu'il a établi son représentant? En admettant la doctrine de M. Carré, il arrivera au contraire que l'absence, la maladie, etc., du tuteur retarderont peut-être indéfiniment une opération presque toujours urgente, et occasionneront ainsi aux intérêts du pupille un préjudice irréparable.

Il est d'ailleurs certain que le tuteur et le subrogé tuteur, en supposant que ce dernier se fasse représenter à l'inventaire, doivent avoir chacun un fondé de pouvoir particulier.

Le mandataire pourra être constitué par un simple dire sur le procès-verbal, par exemple, à la clôture d'une vacation.]]

[[**3145** bis. *Dans quelle forme les parties qui ont le droit d'assister à l'inventaire doivent-elles y être appelées?*

Par *sommation*, comme il est dit sous l'art. 931, à l'occasion de la levée des scellés. Il ne faut pas croire cependant que ces deux actes soient de la même nature : la sommation afin d'assister à la levée des scellés, est un acte de la justice de paix, rédigé et taxé suivant les règles propres à cette juridiction. Mais lorsqu'il s'agit de l'inventaire, l'on rentre dans la règle générale, et c'est par une sommation en forme ordinaire que les parties doivent être appelées. (*Voy.* notre *Comm. du Tarif*, t. 2, p. 429, n° 9.)]]

[[**3145** ter. *Le défaut de sommation aux parties qui ont le droit d'assister à l'inventaire, entraînerait-il la nullité de cet acte?*

On pourrait induire l'affirmative d'un arrêt de Bruxelles, 28 mars 1810 (*J. Av.*, t. 21, p. 34), qui décide que l'exhibition d'un inventaire fait en l'absence des parties intéressées ne met point obstacle à ce que, sur la demande de celles-ci, les scellés soient apposés sur les effets de la succession.

Toutefois, il nous paraît impossible d'admettre d'une manière absolue que l'omission des formalités prescrites par l'art. 942 entraîne des conséquences aussi graves, surtout lorsqu'on n'allégue aucune fraude de la part de celles des parties qui ont requis l'inventaire, lorsque cet acte présente d'ailleurs toutes garanties d'exactitude et de sincérité.

Il résulterait encore de cette doctrine que l'héritier bénéficiaire se trouverait déchu du bénéfice d'inventaire, par cela seul qu'il n'aurait pas appelé tous les ayants droit, ce qui nous paraît inadmissible, la loi n'attachant une telle déchéance qu'au fait d'avoir pris la qualité d'héritier pur et simple, soit expressément, soit par des actes qui en impliquent l'intention.

Enfin, lorsque la confection de l'inventaire a été suivie de la vente du mobilier, il est évident que la nullité du premier acte ne produirait aucun résultat, à moins que l'on ne voulût soumettre le poursuivant à des dommages-intérêts hors de toute proportion avec sa négligence.

Dans l'espèce jugée par la Cour de Bruxelles, l'absence des parties intéressées n'était pas le seul vice dont fut infecté l'acte d'inventaire. Il résultait du concours des circonstances que la partie qui se présentait avait agi frauduleusement et avec le dessein de tromper ses coïntéréssés. Tel est aussi, nous le croyons, le point auquel il faut s'attacher pour résoudre cette question. Les parties non appelées à l'inventaire prouvent-elles que cette omission provient d'une intention dolosive, et qu'il en est résulté un préjudice grave, soit pour la succession, soit pour eux-mêmes? L'inventaire devra être annulé. A défaut de cette preuve, le but de la loi, celui à raison duquel elle réclamait leur présence est rempli incontestablement. Il n'existe donc plus de causes de rescision; seulement, la partie non appelée est en droit de demander communication de toutes les pièces et de les critiquer, s'il y a lieu, comme l'a jugé un arrêt de Bruxelles, 13 juill. 1836 (*Journ.* de cette Cour, 1836, p. 453; *V.* aussi *infrà*, *Quest.* 3152.)]]

[[**3145** quater. *Si le droit d'une partie à se présenter à l'inventaire est contesté par les autres, que doit faire le président du tribunal, jugeant en audience de référé?*

Comme il ne s'agit ici que d'une mesure conservatoire, le président du tribunal, incompétent d'ailleurs pour juger la qualité d'une partie, ne doit rejeter sa prétention que tout autant qu'elle lui paraîtrait évidemment mal fondée; en cas de doute, lors même que les titres sur lesquels elle s'appuie offrent peu de chances de succès, ce n'est pas un motif pour l'empêcher de se présenter à l'inventaire; car l'inconvénient qui résulte de sa présence est bien moindre que celui que son absence pourrait lui occasionner, dans les cas où les tribunaux viendraient ensuite à reconnaître ses droits à la succession.

Ces principes sont en harmonie avec ceux que nous avons exposés, sur l'apposition des scellés, *Quest.* 3064 *ter* et 3066, et qui s'appliquent d'ailleurs à l'inventaire, avec la même exactitude : c'est même en cette dernière matière qu'ont été rendus plusieurs des arrêts cités sous ces deux questions.]]

3146. *Par qui sont supportés les frais des vacations du notaire nommé pour représenter les absents et défaillants, et les autres frais d'inventaire, etc.?*

Les vacations de ce notaire, nommé pour représenter tout à la fois et les parties qui, étant domiciliées au delà de cinq myriamètres, n'ont pas dû être appelées, et les parties appelées qui ne se seraient pas présentées à l'inventaire, sont, ainsi que les frais de l'inventaire et des actes antérieurs, avancés par le requérant, qui en est remboursé par la succession sur l'argent comptant qui s'y trouve, ou sur le produit de la vente des meubles, subsidiairement, sur celui des immeubles, comme frais privilégiés de justice. C'est ce qui résulte des art. 810, 2101, n° 1, 2104 et 2105, n° 1, Cod. civ.

[[Cette solution est incontestable. Mais si l'inventaire a été requis par un individu, lequel se trouve, plus tard, n'être pas héritier, c'est lui qui doit en payer les frais.

Il n'en est pas ainsi de la femme qui, après l'inventaire, renoncerait à la communauté à la charge de laquelle l'art. 1482 met, dans tous les cas, les dépenses occasionnées par cet acte.

Voy. du reste, sur ces diverses questions et sur la quotité des frais, notre *Comm. du Tarif,* t. 2, p. 431 et suiv., n°s 18 à 29.]]

[[**3146** bis. *Les parties* NON PRÉSENTES *peuvent-elles être représentées par le même notaire que les* PRÉSUMÉS ABSENTS?

Il faut bien se garder d'entendre de cette manière les expressions un peu équivoques de l'art. 942 : Il sera appelé *pour tous les absents* un seul notaire. La loi entend seulement par là les parties intéressées qui ont été sommées d'assister à l'inventaire, mais qui n'ont pas répondu à cet appel. Quant aux *présumés absents*, pour lesquels l'art. 113, Cod. civ., exige qu'il soit nommé un notaire, leur cause ne se confond pas avec celles des personnes dont nous venons de parler. Du reste un seul notaire suffit pour chaque classe de ces parties, quel qu'en soit le nombre, suivant la juste observation de M. ROLLAND DE VILLARGUES, t. 4, p. 404.]]

ART. 943. Outre les formalités communes à tous les actes devant notaires, l'inventaire contiendra,

1° Les noms, professions et demeures des requérants, des comparants, des défaillants et des absents, s'ils sont connus, du notaire appelé pour les représenter, des commissaires-priseurs et experts ; et la mention de l'ordonnance qui commet le notaire pour les absents et défaillants ;

2° L'indication des lieux où l'inventaire est fait;

3° La description et estimation des effets, laquelle sera faite à juste valeur et sans crue;

4° La désignation des qualité, poids et titre de l'argenterie;

5° La désignation des espèces en numéraire;

6° Les papiers seront cotés par première et dernière; ils seront paraphés de la main d'un des notaires : s'il y a des livres et registres de commerce, l'état en sera constaté, les feuillets en seront pareillement cotés et paraphés, s'ils ne le sont; s'il y a des blancs dans les pages écrites, ils seront bâtonnés;

7° La déclaration des titres actifs et passifs;

8° La mention du serment prêté, lors de la clôture de l'inventaire, par ceux qui ont été en possession des objets avant l'inventaire, ou qui ont habité la maison dans laquelle sont lesdits objets, qu'ils n'en ont détourné, vu détourner ni su qu'il en ait été détourné aucun;

9° La remise des effets et papiers, s'il y a lieu, entre les mains de la personne dont on conviendra, ou qui à défaut sera nommée par le président du tribunal (1).

Ordonn. de 1579, art. 167. — Cod. civ., art. 825, 846. — Cod. proc civ., art. 588. — [Notre dict. gén. de proc., v° *Scellés et inventaire*, n°s 80 *bis* à 87. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n°s 132 à 173. — Locré, t. 23, p. 278, n° 8.

QUESTIONS TRAITÉES : Lorsqu'il y a des meubles en différents endroits doit-on se transporter, pour en faire l'inventaire, dans chacun des endroits où ils se trouvent? *Q.* 3147. — Doit-on coter et parapher les pièces des différentes procédures qui se trouveraient dans l'étude d'un avoué? *Q.* 3148. —Comment doivent être inventoriés les papiers d'une succession autres que les titres? *Q.* 3148 *bis.* —En cas de décès d'un notaire, la levée des scellés doit-elle être suivie de la confection d'un inventaire, conformément à ce qui est prescrit par l'art. 943? *Q.* 3148 *ter.* — L'art. 443, n° 6, est-il applicable aux livres et papiers d'une société dans laquelle le défunt possédait un intérêt? *Q.* 3148 *quater.* — Qu'entend-on par ces mots de l'art. 943, § 7, la déclaration des titres actifs et passifs? *Q.* 3149.—Si l'on trouve dans la succession des titres de créance non timbrés ou enregistrés, peut-on néanmoins les décrire dans l'inventaire? *Q.* 3150.—Que doit faire, lors de l'inventaire, le tuteur auquel il serait dû quelque chose par son mineur intéressé dans la succession? *Q.* 3151.—Une partie est-elle recevable à demander, lors de l'inventaire, que certains papiers soient examinés par le président du tribunal, conformément aux art. 916 et suiv., pour être ensuite remis à elle-même ou à un tiers, dans le cas où ils seraient étrangers à la succession? *Q.* 3151 *bis.*—Lorsque le serment des personnes de la maison a été reçu à la clôture des scellés, doit-on en exiger un nouveau, lors de la clôture de l'inventaire? 3151 *ter* — Si l'inventaire était irrégulier, mais que l'irrégularité ne fût pas le résultat de la fraude, cette irrégularité pourrait-elle tirer à conséquence et opérer, par exemple, la déchéance du bénéfice? *Q.* 3152 (2).]

3147. *Lorsqu'il y a des meubles en différents endroits, doit-on se transporter, pour en faire l'inventaire, dans chacun des endroits où ils se trouvent?*

On lit au *Nouv. Répert.*, au mot *Inventaire*, § 4, n° 8, t. 6, p. 475, qu'on doit, ou se transporter en chaque endroit, ou faire apporter les meubles au lieu principal où se fait l'inventaire; que cependant, lorsque ces objets sont d'une valeur modique, on pourrait se contenter de la déclaration que le survivant fait dans l'inventaire qu'il y a dans tel lieu tels effets qu'on estime à telle valeur : c'est ce qu'avait décidé un arrêt du 27 avril 1760.

Nous croyons que, sous l'empire du Code, on ne doit suivre cet usage qu'autant que les parties y consentent, surtout si les scellés ont été apposés dans les différents endroits; autrement, on contreviendrait évidemment à la disposition de l'art. 937.

[[Si les meubles sont situés dans divers arrondissements, nous ne pensons pas qu'il puisse s'élever de doute sur l'exactitude de la solution de M. Carré, en

(1) [Sur les formalités à suivre pour l'inventaire après décès des princes, voy. l'ordonnance du 25 avril 1820 (DUVERGIER, t. 22, p. 546). Sur celles de l'inventaire après décès d'un titulaire, tel qu'un chevalier, un baron, un duc, etc., voy. décret du 4 mai 1809, art. 12.]

(2) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

Un notaire qui, à la suite d'un inventaire, rapporte qu'un des héritiers, du consentement de toutes les parties, est resté chargé de l'argent trouvé, des effets inventoriés et des papiers certifiés, et qui ne fait pas signer cette déclaration, est personnellement responsable. Rennes, 14 avril 1817 (*J. Av.*, t. 21, p. 54.)]

faveur de laquelle on peut invoquer un arrêt de Paris, 15 avril 1833, cité à la note *Jurisprudence* de l'art. 935. Ce n'est que tout autant qu'il y aurait lieu à inventaire dans des lieux très rapprochés et que les objets pourraient être facilement transportés de l'un dans l'autre, que les juges, sur la demande des parties, autoriseraient une telle marche, irrégulière d'ailleurs en elle-même. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point.]]

3148. *Doit-on coter et parapher les pièces des différentes procédures qui se trouveraient dans l'étude d'un avoué?*

La Cour de Rennes, dans ses observations sur l'art. 991 du Projet, demandait qu'on déclarât qu'il suffirait en ce cas que chaque procédure fût inventoriée par liasse, et que le nombre des pièces fût seulement constaté sur le dossier : cependant la loi n'a fait aucune distinction.

Les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 263, estiment que, dans ce même cas et autres semblables, un inventaire par liasse, sur le dossier de chacune desquelles le nombre des pièces serait constaté, suffirait pour remplir le vœu de la loi.

Nous ferons observer que tel est l'usage, et nous croyons qu'il doit être maintenu, parce qu'il tend à l'économie des frais et du temps, sans néanmoins entraîner d'inconvénients.

[[Nous croyons aussi que ce mode de procéder doit être suivi.

La décision serait la même pour le cabinet d'un avocat ou d'un homme d'affaires. *Voy.* la question suivante.]]

[[**3148** bis. *Comment doivent-être inventoriés les papiers d'une succession autres que les titres?*

La plupart des professions libérales, surtout aujourd'hui, donnent lieu à des écritures multipliées et produisent, par suite, au bout d'un certain temps, une masse si nombreuse de documents et de papiers qu'un inventaire, dans les formes de l'art. 943, entraînerait souvent des écritures interminables et des frais de nature à ruiner la succession.

Le meilleur moyen ou du moins le plus simple, pour les personnes qui veulent épargner ces inconvénients à leur famille, c'est de faire elles-mêmes ou par un exécuteur désigné *ad hoc* le triage et le classement par liasses qui, chez un avoué ou un homme d'affaires s'opèrent si facilement, comme il est dit sous la question précédente.

Brûler et soustraire ainsi à l'inventaire les papiers sans importance et ceux qui doivent demeurer secrets; réunir les autres par masses, suivant les objets auxquels ils se rapportent, de telle façon qu'on puisse les inventorier en bloc; si le défunt avait négligé lui-même de faire ou de désigner quelqu'un pour faire ce travail, s'entendre pour le confier à un ami commun, à un notaire, à une personne de confiance : voilà le seul parti qui reste à prendre pour éviter les dépenses énormes et inutiles que nécessiterait la marche tracée par l'art. 943; assez de frais viennent s'accumuler autour des successions et en absorber la meilleure part, sans qu'on leur en ajoute d'autres qu'avec un peu de travail ou d'accord il est si facile d'éviter !]]

[[**3148** ter. *En cas de décès d'un notaire, la levée des scellés doit-elle être suivie de la confection d'un inventaire, conformément à ce qui est prescrit par l'art.* 943?

M. le garde des sceaux a résolu cette question pour la négative, le 21 avril 1828 :

« L'art. 61 de la loi du 25 vent. an XI, dit M. le ministre, doit s'expliquer par l'art. 58 qui le précède. Le but de la loi, en exigeant les diverses garanties spécifiées dans ces articles, est d'assurer le sort des mineurs, et de préserver de tous risques leur existence. Or, ce but est également rempli, soit que l'on procède à un inventaire toujours long, toujours coûteux ; soit que l'on procède à un simple récolement sur les répertoires, suivi de l'état sommaire indiqué par l'art. 58 de la loi du 25 vent. an XI. Placé, ainsi que l'art. 61, sous la même rubrique, applicable à des circonstances d'une similitude parfaite, l'art. 58 de la loi du 25 vent. an XI, a été, dans la pensée du législateur, destiné pour tous les cas où il y aurait dépossession et transmission de minutes, quelles que fussent la cause et la nature de cette transmission, et de quelque manière qu'elle dût s'opérer. Je pense donc que c'est avec raison que M. le président du tribunal a décidé, par son ordonnance du 7 mars dernier, que l'état sommaire et descriptif devait remplacer, dans l'espèce, l'inventaire prescrit par l'art. 937 du Code de proc. civ. On sent bien que le surplus de cet article s'exécuterait pour les autres biens composant la succession du notaire. »]]

[[**3148** quater. L'*art.* 943, *n*° 6, *est-il applicable aux livres et papiers d'une société dans laquelle le défunt possédait un intérêt ?*

« M. Chabot, dit M. Carré, dans ses *cartons*, décide cette question comme « il suit : Un inventaire ne mériterait aucune confiance, s'il n'était pas fait avec « toutes les formalités qui sont propres à en constater la date et l'exactitude; « aussi, l'art. 794 a formellement ordonné que cet inventaire serait fait dans « les formes réglées par les lois sur la procédure.

« Ces formes ont été réglées par l'art. 943 du Code de proc. civ. (*Comm. sur les Success.*, art. 794, n° 5.)

« D'où la conséquence que les livres de société doivent être inventoriés, ou l'inventaire est irrégulier; que si l'on oppose que la loi protége le secret des opérations commerciales, on répond par l'art. 14 du Code de commerce, qui reconnaît et range le cas de succession parmi ceux où la communication des livres est indispensable; M. PARDESSUS, *Droit commercial*, t. 2, n° 259, donne pour motif de cette exception que les héritiers ont intérêt à connaître l'ensemble des opérations dans lesquelles ils ont une véritable copropriété, qui ne laisse plus craindre qu'ils abusent du secret.

« Cependant la 1re chambre de la Cour royale de Rennes, par arrêt du 27 fév. 1823 (*J. P.*, 3e édit., t. 17, p. 928), a décidé que l'art. 943 ne s'applique point aux livres d'une société. »

La Cour de Rennes, dans l'arrêt précité, n'a décidé autre chose, sinon que les héritiers d'un associé ont le droit, conformément à l'art. 14, Cod. comm., de demander la communication des livres de la société, mais non de les inventorier comme des effets de la succession, et cette solution nous paraît également conforme à la loi et aux convenances de toutes les parties intéressées.]]

[[**3149.** *Qu'entend-on par ces mots de l'art.* 943, § 7, LA DÉCLARATION DES TITRES ACTIFS ET PASSIFS?

Il ne faut pas prendre ces expressions à la lettre, c'est-à-dire comme indiquant, suivant les définitions que les auteurs donnent de ce mot *titre*, un acte servant à établir un droit quelconque; autrement, comme le remarque M. PIGEAU, t. 2, p. 601, les expressions de l'art. 943 donneraient lieu à un double emploi inutile, puisque les titres ont dû être cotés et paraphés, conformément au § 6.

On doit donc entendre ces expressions en ce sens qu'elles indiquent seule-

ment la déclaration des créances et dettes dont on n'a pas de titres ou actes, ou dont les titres ou actes sont en des mains étrangères.

Nous croyons cette explication d'autant plus juste que le mot *titre* s'emploie aussi en jurisprudence pour désigner, indépendamment de l'existence d'un acte, la cause en vertu de laquelle on possède ou l'on réclame quelque chose. (Voy. *Nouv. Répert.*, au mot *Titre*, t. 13, n° 2, p. 38.) C'est en ce sens que le législateur a employé ce terme, dans l'art. 943.

Dans le Projet de Code, on s'était borné à exiger *les déclarations actives et passives;* mais comme on eût pu, d'après ces expressions, se croire dispensé d'indiquer la cause des dettes, on a employé le mot *titre*, dans l'art. 943, pour obliger à déclarer non-seulement le montant des dettes ou créances, mais encore la cause d'où elles proviennent (1).

[[L'interprétation de M. Carré est généralement admise. *Voy.* MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 701, note 8, et FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 124; nous croyons aussi que, par ces mots : *déclaration des titres actifs ou passifs*, la loi a entendu simplement parler de la déclaration des dettes et des créances de la succession, et c'est ce que prouvent, d'ailleurs, les premières expressions du Projet de Code, rapportées plus haut par M. Carré; mais n'y a-t-il pas quelque chose d'arbitraire dans la restriction proposée par cet auteur, après M. Pigeau, dont l'autorité a entraîné, peut-être un peu légèrement, tous ceux qui ont écrit avec lui? L'art. 943 exige en termes absolus la déclaration des titres actifs et passifs, et non pas de ceux qui se trouvent entre les mains des tiers, et dont, au moment de l'inventaire, on peut ignorer l'existence. On objecte, qu'entendue comme nous le faisons, cette disposition ferait double emploi avec celle du § 6 de l'article. Cela ne nous paraît pas entièrement exact : le § 6 parle des *papiers*, en général, et dispose qu'ils seront cotés et paraphés de la main du notaire. Si, à l'égard des dettes et créances, la loi exige de plus qu'ils soient déclarés dans l'inventaire, c'est là une nouvelle précaution, qui s'explique par la nature de ces actes. Il nous paraît donc plus conforme à la volonté du législateur de ne faire aucune distinction entre les titres qui se trouvent sous les scellés et ceux qui ne s'y trouvent pas.]]

3150. ***Si l'on trouve dans la succession des titres de créance non timbrés ou enregistrés, peut-on néanmoins les décrire dans l'inventaire?***

Oui; car les dispositions de la loi du 22 frim. an VII, qui défendent aux notaires de faire mention dans leurs actes de titres qui ne seraient pas revêtus de ces formalités, ne sauraient être appliquées aux inventaires, qui doivent contenir la description de tout ce qui se trouve dans une succession, quels que soient l'état et la nature des objets dont elle se compose, sauf aux vérificateurs de l'enregistrement à faire les réclamations auxquelles les circonstances peuvent les autoriser.

Mais les notaires, pour assurer les droits de l'État, doivent exprimer, dans la description des titres dont il s'agit, le défaut de la formalité du timbre ou de l'enregistrement.

[[Telle est aussi notre opinion et celle de MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 3, p. 124, et BILHARD, p. 91, et 92. *Voy.* également, dans ce sens, Délib. du Directoire exécutif du 22 vent. an 7; Circul. de la régie du 9 flor. suivant, et notre *Comm. du Tarif*, t. 2, p. 434, n° 30.]]

---

(1) *Voy.* notre *Traité élémentaire du droit français* dans son rapport avec le notariat.

3151. *Que doit faire, lors de l'inventaire, le tuteur auquel il serait dû quelque chose par son mineur intéressé dans la succession ?*

Il doit faire insérer dans l'inventaire la déclaration de la cause et du montant de sa créance, à peine de déchéance ; mais il faut, pour cela (voy. *Code civ.*, art. 451), qu'il ait été requis de la faire par l'officier public, et que mention soit faite de cette réquisition au procès-verbal d'inventaire.

[[Cette solution ne peut être contestée.]]

[[**3151** bis. *Une partie est-elle recevable à demander, lors de l'inventaire, que certains papiers soient examinés par le président du tribunal, conformément aux art.* 916 *et suiv., pour être ensuite remis à elle-même ou à un tiers, dans le cas où ils seraient étrangers à la succession?*

La disposition des art. 919 et 939, qui permettent la remise des papiers étrangers à la succession à leur véritable propriétaire, le premier, lors de l'apposition, le second, lors de la levée des scellés, ne se trouve pas reproduite au titre de l'Inventaire, d'où la Cour de Liége, le 6 fév. 1836 (*Journ.* de Bruxelles, 1836, 2e part., p. 175), a conclu que la demande en distraction des papiers n'étant autorisée, dans ce cas, par l'un ni par l'autre de ces articles, il n'y avait pas lieu d'y faire droit. Une décision aussi absolue nous paraît trop rigoureuse et d'ailleurs mal fondée. Lors de l'apposition des scellés, aucun intérêt n'étant compromis par cette mesure, la distraction des papiers ne doit pas être autorisée légèrement.

Il faut qu'ils soient portés au président du tribunal, qui, examen fait, en ordonne la remise. Quand les scellés sont levés, l'urgence n'est plus la même, l'appréciation est plus facile. Aussi, l'art. 939, se borne-t-il à prescrire que les papiers étrangers à la succession et réclamés par des tiers soient distraits, et que leur description, lorsqu'elle est indispensable, ait lieu sur le procès-verbal, *non sur l'inventaire.* Mais il peut arriver ou que la réclamation n'ait pas lieu dans ce moment, ou même que les scellés n'aient pas été apposés, et qu'ainsi cette réclamation s'élève pendant l'inventaire. Alors, il arrivera de deux choses l'une : le droit du réclamant ne sera pas contesté ; et comment serait-il possible de refuser la distraction ? Ou il s'élèvera un débat dont le juge du référé sera compétent pour connaître (art. 944), et s'il trouve cette demande bien fondée, il ordonnera que les papiers ou titres soient rendus à leur propriétaire. Ces décisions sont la conséquence de principes qui n'ont pas besoin, pour être appliqués, d'une disposition formelle et spéciale de la loi.]]

[[**3151** ter. *Lorsque le serment des personnes de la maison a été reçu à la clôture des scellés, doit-on en exiger un nouveau lors de la clôture de l'inventaire?*

La raison de douter se tire de ce que le serment exigé de nouveau sur les mêmes objets et à même fin, paraît une inutile répétition d'un même acte : il est à remarquer que, lorsque les scellés sont levés, le serment n'est point exigé, quoiqu'il soit procédé à un inventaire. Cependant l'art. 943 paraît l'exiger, comme une formalité de l'inventaire, et sans faire aucune distinction. M. LEPAGE, p. 617, rapporte cette question et les moyens pour et contre, sans donner son avis.

Il nous semble, en effet, que le serment n'a été exigé par l'art. 943, que pour le cas où l'inventaire n'aurait pas été précédé de scellés ; car, dans le cas où il y en aurait eu, la présence d'un gardien et la constatation que les scellés

ont été trouvés sains et entiers suffisent pour assurer la conservation des objets depuis le dernier serment.]]

3152. *Si l'inventaire était irrégulier, mais que l'irrégularité ne fût pas le résultat de la fraude, cette irrégularité pourrait-elle tirer à conséquence et opérer, par exemple, la dechéance du bénéfice?*

Si l'inventaire était irrégulier, par exemple, si le notaire avait oublié de le signer, s'il était incompétent, ces imperfections pourraient, suivant les circonstances, ne pas tirer à conséquence, à moins qu'elles ne fussent du fait de l'héritier, et qu'il y eût de sa part fraude ou soustraction. (*Voy.* l'arrêt de la Cour de cassation du 18 fruct. an XII, rapporté dans le *Nouv. Répert.*, au mot *Bénéfice d'invent.*, n° 8, p. 683, et *J. Av.*, t.21, p. 303.) (1)

[[Telle est aussi l'opinion de M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 567, et il a été jugé, en conformité de ces principes :

1° Que l'inventaire sous seing privé, dont l'exactitude n'est point contestée, fait foi contre la partie qui l'a reconnu sincère, et que les juges peuvent le prendre pour base de leur décision : Cassat., 1er juill. 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 302.)

2° Que le défaut de l'affirmation que l'inventaire est sincère et véritable, exigée de la veuve commune en biens par l'art. 1456 du Code civil, n'entraîne pas la nullité de cet acte, et qu'il ne résulte de cette omission qu'une présomption d'inexactitude qu'il est permis de détruire par des preuves contraires : Bordeaux, 24 fév. 1829 (DALLOZ, 29.2.297).

Voy. aussi notre *Quest.* 3145 ter, où se trouve développée la même doctrine, en ce qui concerne le défaut de sommation aux parties intéressées.]]

ART. 944. Si, lors de l'inventaire, il s'élève des difficultés, ou s'il est formé des réquisitions pour l'administration de la communauté ou de la succession, ou pour autres objets, et qu'il n'y soit déféré par les autres parties, les notaires délaisseront les parties à se pourvoir en référé devant le président du tribunal de première instance; ils pourront en référer eux-mêmes s'ils résident dans le canton où siége le tribunal (2) : dans ce cas, le président mettra son ordonnance sur la minute du procès-verbal.

Tarif, 168. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 431, n°s 16 et 71.] — Arrêts de règl. des 21 avril 1751 et 7 juill. 1761. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Référés*, n°s 53 et 54. — Arm. Dalloz, v° *Inventaire*, n°s 181 à 186. — Locré, t. 23, p. 326, n° 3.

QUESTIONS TRAITÉES : Le référé ne peut-il être introduit qu'à raison des incidents qui s'élèvent lors de la confection de l'inventaire? *Q.* 3152 *bis*. — Quand les parties sont délaissées à se pourvoir en référé qu'elle est la forme de procéder? *Q.* 3153. — Si une réquisition était faite à la fin de l'inventaire, le notaire pourrait-il en référer? *Q.* 3153 *bis*. — Comment concilier l'art. 944, qui permet aux parties, et même dans certains cas aux notaires, de référer elles-mêmes des réquisitions, dires et protestations, avec l'art. 936, qui veut que ces mêmes réquisitions, dires, etc., soient constatés par le juge de paix dans le procès-verbal de levée des scellés? *Q.* 3154.]

---

(1) Le procès-verbal doit constater, à chaque séance, l'heure du commencement et celle de la fin.

Lorsqu'il y a interruption et renvoi à un autre jour ou à une autre heure de la même journée, il en est fait mention, que les parties et les officiers signent sur-le-champ. (Décret du 16 brum. an XIV.)

(2) [Et si les scellés n'ont pas été apposés; V. *Quest.* 3154.]

[[3152 bis. *Le référé ne peut-il être introduit qu'à raison des incidents qui s'élèvent lors de la confection de l'inventaire?*

Deux arrêts, en apparence contradictoires, ont été rendus sur cette question : l'un, de la Cour de Rennes, 25 août 1814 (*J.Av.*, t.18, p.775), décidant que le juge du référé a qualité pour connaître des réquisitions pour l'administration de la communauté, spécialement pour nommer un administrateur, non-seulement lors de l'inventaire, mais jusqu'à la clôture du procès-verbal de la vente du mobilier. L'autre, de la Cour de cassation du 27 avril 1825 (*J. Av.*, t. 32, p. 212), qui juge que l'art. 944 est exclusivement relatif aux incidents qui s'élèvent dans la confection des inventaires, et valide en conséquence la nomination d'un administrateur faite par le tribunal tout entier.

Ces deux décisions peuvent, ce nous semble, se concilier au moyen des principes que nous avons émis *suprà*, sous la *Quest.* 3089 *bis*, et qui s'appliquent par analogie au cas actuel. Le juge du référé est compétent dans tous les cas d'urgence, et de plus dans ceux où l'urgence est supposée par la loi : tel est celui de l'art. 944 ; il est clair qu'on ne peut étendre cette dernière disposition d'une espèce à une autre, et qu'en dehors de celle qu'elle prévoit, une partie n'a pas le droit d'assigner l'autre devant le juge du référé, sans justifier du motif qui l'oblige à prendre cette voie particulière de recours. Si donc il lui convient mieux de porter sa demande devant le tribunal civil, elle ne sera point, par cela seul, déclarée non recevable, et nous ne pensons pas qu'il faille induire autre chose de l'arrêt de cassation précité. Mais pour toutes les mesures comme celles de la nomination d'un gérant, d'un administrateur, mesures naturellement urgentes et conservatoires, il est permis incontestablement de s'adresser au juge du référé, etc., à moins de prouver que rien ne presse, que nul préjudice n'est possible, et l'autre partie ne sera pas en droit de décliner sa juridiction, sous le prétexte qu'on ne se trouve pas dans le cas de l'art. 944.]]

3153. *Quand les parties sont délaissées à se pourvoir en référé* **[[***ou que les notaires en réfèrent eux-mêmes***]]**, *quelle est la forme de procéder?*

On procède, dans le premier cas, suivant la forme ordinaire (1).

[[Quand les notaires en réfèrent eux-mêmes, ils se présentent seuls devant le président, et lui communiquent la minute d'inventaire. Si ce magistrat croit qu'il est nécessaire d'appeler les parties, il ordonne leur comparution, sinon, il appose son ordonnance au bas de la minute, sans autre formalité ni frais. Voy. *Discussion au conseil d'Etat*, LOCRÉ, t. 23, p. 326, n° 3.]]

[[3153 bis. *Si une réquisition était faite à la fin de l'inventaire, le notaire pourrait-il en référer?*

Non, suivant la juste observation de M. PIGEAU, t. 2, p. 603, puisque, dès ce moment, son ministère est rempli. C'est donc aux parties à se présenter devant le juge, sur sommation adressée par l'une d'elles aux autres. Pour remédier aux inconvénients de cette marche, qui entraîne des frais plus considérables, on laisse dans l'usage une vacation à faire après cette réquisition, ce qui permet aux notaires d'en référer.]]

---

(1) *Voy.* nos *Quest.* sur les art. 807 et 808 ; DEMIAU-CROUZILHAC, p. 635 ; au sujet des divertissement et récélé des biens de succession et communauté, les art. 792, 1455, 1460 et 1477, Cod. civ., et PIGEAU, t. 2, p. 606.

3154. *Comment concilier l'art.* 944, *qui permet aux parties, et même dans certains cas aux notaires, de référer elles-mêmes des réquisitions, dires et protestations, avec l'art.* 936, *qui veut que ces mêmes réquisitions, dires, etc., soient constatés par le juge de paix dans le procès-verbal de levée des scellés?*

Ces réquisitions, dires et protestations, ne doivent être inscrits sur l'inventaire, et les notaires ne doivent faire les référés qu'autant qu'il s'agit d'inventaires faits sans apposition préalable de scellés. Si les scellés ont été apposés, et que conséquemment l'inventaire soit fait en présence du juge de paix, c'est dans ce procès-verbal de levée que ces réquisitions, dires et protestations, doivent être inscrits, ainsi que l'ordonnance du juge, et c'est alors le juge de paix seulement qui doit faire les référés.

Telle est la juste solution que MM. Bousquet, p. 156, et Biret, t. 2, p. 156, donnent de cette question.

[[Elle est également adoptée par M. Thominé Desmazures, t. 2, p. 571.

Il suffit, pour se convaincre de son exactitude, de se reporter aux discussions du conseil d'Etat, lors de la confection du Code de procédure.

L'art. 991 du projet de loi, correspondant à l'art. 944, était conçu dans le même sens, sauf qu'au lieu de cette disposition : « *ils* (les notaires) *pourront en référer eux-mêmes,* il était dit : *sans qu'il puisse en être référé par les notaires.*

La prohibition était formelle et absolue ; mais des réclamations s'élevèrent.

Une députation des notaires de Paris, chargée de présenter diverses observations contre le projet de loi, suppliait le conseil d'Etat, entre autres demandes :

« De leur laisser, *dans le cas où il n'y a pas de scellé,* le droit de référer des contestations élevées dans le cours des inventaires au président du tribunal, qui mettrait son ordonnance au bas de leurs minutes, conformément à l'usage antique et toujours en vigueur, et dont l'objet est l'expédition des affaires et l'économie des frais. (Locré, t. 22, p. 543.) »

Il a été satisfait, comme on le voit, à cette réclamation : le droit demandé par les notaires leur a été attribué par le législateur, mais évidemment sous la restriction qu'eux-mêmes avaient cru devoir y apporter et que suppose d'ailleurs la marche tracée par le Code, lorsque l'apposition des scellés a eu lieu.]]

TITRE V.

De la Vente du mobilier (1).

Lorsque tous les héritiers sont majeurs et jouissent de leurs droits, et qu'ils acceptent la succession, il dépend d'eux de partager le mobilier en nature ou de le vendre en telle forme qu'il leur convient. (Art. 952.)

Mais s'il se trouve parmi eux des mineurs ou des interdits qui nécessitent l'acceptation sous bénéfice d'inventaire (Cod. civ., art. 461 et 776) ; si les majeurs n'entendent accepter que de cette manière ; si, à plus forte raison, la succession est vacante par la renonciation des héritiers, ou parce qu'ils ne se sont pas présentés (2); si, enfin, il y a des créanciers saisissants ou opposants (Cod.

---

(1) *Voy.* liv. 3, chap. 6, tit. Ier du Code civil, et t. 4, observ. sur l'art. 625.
(2) *Voy.* ci-après les tit. 8, 9 et 10.

civ., art. 826), la vente du mobilier est *forcée*, et l'on y procède en se conformant aux dispositions du présent titre.

Ces dispositions forment (1), relativement aux formalités qu'elles prescrivent un corollaire du chap. 6, tit. 1er, sect. 3 du Cod. civ., sur les Successions.

3155. *Les formalités prescrites en ce titre par le Code de procédure doivent-elles être observées pour la vente des meubles des mineurs?*

On doit se conformer, pour cette vente, aux dispositions de l'art. 452, Cod. civ., attendu que le Code de procédure n'est applicable, d'après l'art. 945, que dans le cas des ventes de meubles dépendants d'une succession, en conformité de l'art. 826, Cod. civ. (*Voy.* TOULLIER, t. 2, p. 372.)

Cependant quelques notaires, argumentant des expressions de l'art. 952, portant que si toutes les parties sont majeures, présentes et d'accord, elles ne seront obligées à aucune des formalités prescrites par le présent titre, avaient pensé que, lorsqu'il s'agissait de la vente du mobilier du mineur, il fallait observer ces formalités; mais il est évident que cet art. 952 se réfère à l'art. 945, qui, comme nous venons de le dire, prouve que les dispositions qui le suivent ne sont applicables que dans le seul cas prévu par l'art. 826, Cod. civ. (*Voy.* DEMIAU-CROUZILHAC, p. 635 et 636.)

[[L'avis de M. Carré est incontestable. Ce n'est donc que dans le cas où le mineur concourrait avec des majeurs, qu'il y a lieu de suivre à son égard les formes tracées par les art. 945 et suiv.]]

ART. 945. Lorsque la vente des meubles dépendants d'une succession aura lieu en exécution de l'article 826 du Code civil, cette vente sera faite dans les formes prescrites au titre des Saisies-exécutions.

Décret du 10 brum. an XIV. — Cod. civ., art. 796, 805, 826. — Cod. comm., art. 492, 528. — Cod. proc., civ., art. 617 et suiv., 949 et suiv. 1000. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 437, n° 1 et 2. — Locré, t. 23, p. 276, no 14, p. 303, n° 10.]

ART. 946. Il y sera procédé sur la réquisition de l'une des parties intéressées, en vertu de l'ordonnance du président du tribunal de première instance, et par un officier public.

Tarif, 77. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 437, nos 1 à 5.] — Cod. proc. civ., 843 et suiv., 943. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Licitation*, nos 157 et 158. — Locré, t. 23, p. 279, n° 13 et p. 303, n° 10.

QUESTIONS TRAITÉES *avant les art.* 945 *et* 946 : Les formalités prescrites en ce titre par le Code de procédure doivent-elles être observées pour la vente des meubles des mineurs? *Q.* 3155.

Après les articles : Quelles sont les parties auxquelles la loi donne, sous la qualification de *parties intéressées*, le droit de requérir qu'il soit procédé à la vente? *Q.* 3156. — La loi, par le mot *officier public*, a-t-elle entendu indiquer soit un notaire, soit un huissier? *Q.* 3157. — L'officier public peut-il procéder à la vente sans en donner avis au bureau de l'enregistrement? *Q.* 3158 (2).]

---

(1) Elles ne sont pas applicables à la vente des biens de mineurs, dans le cas où ils sont seuls propriétaires. *V.* (Cod. civ., article 452.)

(2) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

Quand un notaire est appelé à faire une vente de la nature de celles dont il s'agit au présent titre, son procès-verbal n'est pas exécutoire comme les autres actes notariés. (Bruxelles, 22 mars 1810, S. 10.2. 333.)]

3156. *Quelles sont les parties auxquelles la loi donne, sous la qualification de* PARTIES INTÉRESSÉES, *le droit de requérir qu'il soit procédé à la vente?*

Dans les saisies-exécutions, les ventes se font sur la réquisition du saisissant et en vertu du titre qui autorise la saisie.

Mais la loi, pour les ventes de meubles faites en exécution de l'art. 945, a donné à chaque partie intéressée le droit de la requérir.

On comprend sous cette qualification toute personne ayant des droits sur le mobilier. L'héritier et la veuve commune, dit M. PIGEAU, t. 2, p. 611, le peuvent même avant d'avoir pris qualité.

Cela résulte en effet, à l'égard de l'héritier, des art. 796, Cod. civ. et 986, Cod. proc. civ.; mais quoique ces articles ne parlent point de la femme commune, nous pensons également, avec cet auteur, qu'elle a le même droit, parce qu'elle a le même intérêt.

[[Nous adoptons ces solutions.]]

3157. *La loi, par le mot* OFFICIER PUBLIC, *a-t-elle entendu indiquer, soit un notaire, soit un huissier* (1)?

Oui [[sans aucun doute]], les notaires et les huissiers ont la concurrence pour ces sortes de ventes.

[[Ainsi que les greffiers et même les greffiers des justices de paix, suivant l'observation de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 654, dans l'étendue du ressort de la juridiction à laquelle ils appartiennent. Les greffiers de simple police, établis par l'art. 168, Cod. inst. crim., n'ayant point le caractère d'officiers nommés par le roi, ne peuvent réclamer la même prérogative (Décis. minist. du 8 janvier 1812) (2).

C'est au tuteur seul qu'appartient le droit de choisir l'officier public qui doit recevoir les enchères dans la vente des meubles du mineur: le tribunal ne peut faire un choix différent; Turin, 10 1809 (*J. Av.*, t. 16, p. 679).]]

3158. *L'officier public peut-il procéder à la vente sans en donner avis au bureau de l'enregistrement?*

Tout officier chargé de procéder à une vente mobilière ne peut, sous peine de 100 fr. d'amende, la commencer avant d'en avoir fait la déclaration au bureau du receveur de l'enregistrement, et où, par conséquent, le procès-verbal doit être enregistré. (Loi du 22 pluv. an VII.)

[[Ce sont les propres termes de la loi.

L'amende de 100 fr., établie par la loi du 22 pluv., a été réduite à 20 fr. par l'art. 10 de la loi du 16 juin 1824.

Lorsque plusieurs propriétaires se réunissent pour faire une vente de meu-

(1) *Voy.* lois des 26 juill. 1970 et 17 sept. 1793; l'arrêté du directoire du 12 fruct. an IV; autre du 27 niv. an V; loi du 27 pluv. an VII, art. 1er; arrêt de Rouen, du 20 mars 1807 (*J. Av.*, t. 14, p. 499) Mais il est à remarquer que les notaires, huissiers et greffiers n'ont concurrence qu'autant qu'il n'existe pas de commissaires-priseurs, qui tiennent de la loi du 27 vent. an IX, et de l'ordonnance du 26 juin 1816 un privilége général pour toutes les ventes volontaires ou judiciaires. (*V.* PIGEAU, t. 2, p. 109.)

(2) [Sur les exceptions à la règle qui attribue compétence exclusive aux notaires, huissiers et greffiers, *V.* les détails que renferme notre *Comm. du Tarif*, t. 2, p. 440, et suiv. nos 16 à 21.]

bles ou de récoltes, une seule déclaration est nécessaire (inst. du 8 sept. 1824, n° 114).

S'il y a plusieurs bureaux dans la même ville, la déclaration doit avoir lieu dans celui où s'enregistrent ordinairement les actes de la nature de ceux passés par l'officier public qui fait la vente (circul. et instr. de la régie du 2 vent. VII et 15 mai 1807, n° 326).

Cette déclaration peut être faite par un mandataire, porteur d'une procuration spéciale, signée et enregistrée, exprimant l'impossibilité où l'officier public se trouve de faire lui-même la déclaration (décis. minist. et instr. de la régie du 31 août 1808).

Voy. encore, pour d'autres détails sur le même objet, notre *Comm. du Tarif*, t. 2, p. 442 et suiv., nos 25 à 31.]]

ART. 947. On appellera les parties ayant droit d'assister à l'inventaire, et qui demeureront ou auront élu domicile dans la distance de cinq myriamètres : l'acte sera signifié au domicile élu.

Tarif, 29, 931, et 950. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 433, nos 6 à 10.

QUESTIONS TRAITÉES : Faut-il faire commettre un notaire pour représenter les parties défaillantes? *Q.* 3158 *bis*. Est-il nécessaire d'appeler les opposants pour assister à la vente? *Q.* 3159.]

[[**3158** bis. *Faut-il faire commettre un notaire, pour représenter les parties défaillantes?*

Non : ce n'est pas ici le cas d'appliquer l'art. 942. Cod. civ. Non-seulement la loi ne l'exige pas, mais encore elle dit positivement (art. 950) qu'il ne sera appelé personne pour les non-comparants.]]

3159. *Est-il nécessaire d'appeler les opposants pour assister à la vente?*

Quoique nous ayons dit (*Voy.* n° 3142) que les opposants devaient être appelés à l'inventaire, et que l'art. 947 veuille qu'on appelle à la vente les parties ayant droit d'assister à cet acte, nous croyons néanmoins pouvoir décider négativement la question que nous venons de poser.

Nous donnerons pour motif cette considération particulière au cas actuel que l'art. 945 veut que la vente se fasse dans les formes prescrites pour les saisies-exécutions ; or, l'art. 615 porte que les opposants ne doivent point être appelés à la saisie-exécution.

Tel est aussi l'avis de M. PIGEAU, t. 2, p. 611 ; d'ailleurs, ils sont suffisamment avertis par les affiches et publications ; il n'est pas essentiel qu'ils soient appelés à la vente comme il l'est qu'ils le soient à l'inventaire, dont ils pourraient ignorer l'époque.

Il est néanmoins des auteurs, par exemple, M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 636, qui prétendent qu'on doit appeler les opposants.

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 653, semble également admettre ce dernier avis. Celui de M. Carré, adopté par M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 575, nous paraît cependant mieux fondé.]]

ART. 948. S'il s'élève des difficultés, il pourra être statué provisoirement en référé par le président du tribunal de première instance.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 439, n° 11.
QUESTIONS TRAITÉES : Quel est le président qui doit connaître des difficultés et dans quelle forme? Q. 3160. — L'huissier peut-il recevoir des oppositions à la délivrance des deniers? Q. 3161.]

3160. *Quel est le président qui doit connaître des difficultés* [[*et dans quelle forme?*]]

C'est, suivant M. PIGEAU, p. 612, le président du tribunal civil du lieu de l'ouverture de la succession. (Argum. de l'art. 50, § 3.)

M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 701, not. 9, estime qu'en cas d'urgence, on peut porter le référé au président du tribunal du lieu où l'on procède à la vente. (Argum. de l'art. 554.) Nous croyons qu'en tous les cas on doit s'adresser au président de ce tribunal, parce que l'art. 50 ne se rapporte qu'à des demandes à porter devant le tribunal entier; d'un autre côté, l'art. 948, qui ordonne le référé, ne fait point, comme l'art. 554, de distinction entre les cas urgents et non urgents : donc on peut, dans tous les cas, porter le référé devant le tribunal du lieu de la vente. C'est d'ailleurs ce qui nous paraît résulter, par analogie, des règles générales admises en matière de référé, et d'après lesquelles c'est le président du tribunal où s'exécute un jugement ou acte qui connaît des difficultés survenues pendant l'exécution. On sent que, s'il en était autrement, on serait exposé à tous les inconvénients que nous avons exposés sur la *Quest.* 2764, p. 285 de ce volume, deuxième alinéa, lorsque la vente ne se ferait pas dans l'arrondissement du tribunal de l'ouverture de la succession.

[[Cette dernière opinion nous semble préférable; et en effet le législateur a voulu que les difficultés fussent promptement vidées. C'est dans cette intention qu'il les renvoie en référé; il y aurait dès lors contradiction à obliger les parties à se transporter devant le président du tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, qui souvent peut être fort éloigné.

Lorsque les difficultés s'élèvent avant l'ouverture de la séance pour la vente, la partie la plus diligente se pourvoit par requête au président, aux fins d'assigner à référé au plus bref délai; lorsqu'elles s'élèvent après l'ouverture de la vente, c'est l'officier public qui fait le référé sur son procès-verbal, après avoir fait signer les dires de chacun; sur le vu du procès-verbal et des actes qui ont été signifiés, s'il y en a, le président prononce, et son ordonnance est mise sur le procès-verbal même. Cette procédure est tracée par M. DEMIAU-CROUZILHAC, p. 637.

Quant aux principes en matière de référé énoncés ici par M. Carré, *Voy.* notre *Quest.* 2754 *bis.*]]

3161. *L'huissier peut-il recevoir des oppositions à la délivrance des deniers?*

Oui, et il les mentionne à la fin de chaque séance lors de laquelle elles ont été faites.

Quand la vente est terminée, il en consigne le produit à la caisse du receveur des consignations, sauf la déduction de ses frais, comme il est dit à l'article 657.

[[Telle est aussi l'opinion de M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 578, et nous la croyons bien fondée.]]

ART. 949. **La vente se fera dans le lieu où sont les effets, s'il n'en est autrement ordonné (1).**

---

(1) [C'est une dérogation à la règle de l'art. 617, en matière de saisie-exécution.]

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 440, n° 12.] — Cod. proc., civ., art. 617, 620, 621, 945.
[QUESTION TRAITÉE : Comment s'obtient l'autorisation de vendre ailleurs que dans le lieu où sont les effets? *Q.* 3162.]

3162. *Comment s'obtient l'autorisation de vendre ailleurs que dans le lieu où sont les effets?*

Cette autorisation ne peut être accordée qu'avec connaissance de cause, et sur une requête présentée au président du tribunal.

Si l'ordonnance intervenue était attaquée par opposition, il y aurait lieu à assigner en référé, pour faire statuer sur cette opposition.

[[Nous pensons aussi qu'une requête doit être présentée au président, au pied de laquelle ce magistrat délivrera l'ordonnance en permis de vendre.]]

ART. 950. La vente sera faite tant en absence que présence, sans appeler personne pour les non-comparants.

Cod. proc. civ., art. 947.

ART. 951. Le procès-verbal fera mention de la présence ou de l'absence du requérant.

Cod. proc. civ., art. 623.
[QUESTION TRAITÉE : Lorsqu'une vente n'a pu être commencée, faute d'enchérisseurs, ou pour toute cause, l'officier public doit-il le constater par un procès-verbal? *Q.* 3162 *bis.*]

[[**3162** bis. *Lorsqu'une vente n'a pu être commencée, faute d'enchérisseurs, ou pour toute autre cause, l'officier public doit-il le constater par un procès-verbal?*

Non : un pareil acte serait considéré comme frustratoire; une nouvelle déclaration, dans ce cas, n'est pas nécessaire (décis. minist. du 24 mars 1820).]]

ART. 952. Si toutes les parties sont majeures, présentes et d'accord, et qu'il n'y ait aucun tiers intéressé, elles ne seront obligées à aucune des formalités ci-dessus.

Cod. proc. civ., art. 905. — [Locré, t. 23, p. 276, n° 14.
QUESTION TRAITÉE : L'art. 952 suppose-t-il que les parties pourraient vendre sans appeler un officier public? *Q.* 3163.]

LXXXVIII. On a vu (art. 945) que l'on procède à la vente avec les formalités prescrites pour les saisies-exécutions; mais, par l'article ci-dessus, la loi dispense de ces formalités, dans les cas où des tiers n'étant point intéressés, toutes les parties assignées et présentes s'accorderont à éviter des frais qui ne sont indispensables que lorsque l'intérêt des absents, mineurs ou refusants, exige des formalités et les garanties d'une vente publique.

3163. *L'art.* 952 *suppose-t-il que les parties pourraient vendre sans appeler un officier public?*

Si l'art. 952 dispense les parties qu'il désigne des formalités prescrites par les dispositions précédentes, elles n'en sont pas moins obligées, si elles veulent vendre ce mobilier publiquement et à la chaleur des enchères, de recourir au ministère d'un officier public : la loi du 22 pluv. an VII l'exige expressément.

[[La Cour de Bourges, le 7 janv. 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 59), a jugé que le propriétaire d'objets mobiliers, qui fait vendre ces objets à l'enchère, a le droit de mettre la chose à prix et de recevoir les enchères, pourvu qu'il soit assisté d'un commissaire priseur qui adjuge et qui dresse le procès-verbal de la vente. Elle s'est fondée sur ce qu'on ne peut considérer comme *immixtion* à cet acte le concours à des faits préliminaires. La décision de M. Carré n'est donc point contredite par cet arrêt et elle repose d'ailleurs sur les termes formels de la loi.]]

TITRE VI.

De la Vente des biens immeubles.

(*Voy.* t. 5, p. 893.)

Art. 953. Texte de l'article, t. 5, p. 340; discussion, p. 341; commentaire, p. 893 et 899.

Art. 954. Texte de l'article, t. 5, p. 342; discussion, p. 343; commentaire, p. 901.

Art. 955. Texte de l'article, t. 5, p. 342; discussion, p. 343; commentaire, p. 903.

Art. 956. Texte de l'article, t. 5, p. 344; discussion, p. 345; commentaire, p. 906.

Art. 957. Texte de l'article, t. 5, p. 346; commentaire, p. 909.

Art. 958. Texte de l'article, t. 5, p. 347; commentaire, p. 911.

Art. 959 et 960. Texte des articles, t. 5, p. 348; discussion, p. 349; commentaire, p. 913.

Art. 961. Texte de l'article, t. 5, p. 350; commentaire, p. 913.

Art. 962. Texte de l'article, t. 5, p. 350; commentaire, p. 915.

Art. 963. Texte de l'article, t. 5, p. 350; commentaire, p. 916.

Art. 964. Texte de l'article, t. 5, p. 351; commentaire, p. 918.

Art. 965. Texte de l'article, t. 5 p. 352; discussion, p. 352; commentaire, p. 919.

3164 à 3186. [[Voy. *Quest.* 2501 à 2503 *sexies*, t. 5, p. 893 à 924.]]

TITRE VII.

Des Partages et Licitations.

(*Voy.* t. 5, p. 925.)

Art. 966. Texte et commentaire, t. 5, p. 926.

Art. 967. Texte et commentaire, t. 5, p. 927.

ART. 968. Texte et commentaire, t. 5, p. 928.

ART. 969. Texte de l'article, t. 5, p. 360; commentaire, p. 930.

ART. 970. Texte de l'article, t. 5, p. 361 ; discussion, p. 362; commentaire, p. 930.

ART. 971. Texte de l'article, t. 5, p. 366 ; commentaire, p. 935.

ART. 972. Texte de l'article, t. 5, p. 366; commentaire, p. 935.

ART. 973. Texte de l'article, t. 5, p. 367; discussion, p. 369; commentaire, p. 938.

ART. 974. Texte et commentaire, t. 5, p. 944.

ART. 975. Texte de l'article, t. 5, p. 369; commentaire, p. 946.

ART. 976. Texte de l'article, t. 5, p. 369; commentaire, p. 947.

ART. 977. Texte et commentaire, t. 5, p. 951.

ART. 978, 979 et 980. Texte et commentaire, t. 5, p. 952.

ART. 981. Texte et commentaire, t. 5, p. 954.

ART. 982. Texte et commentaire, t. 5, p. 956.

ART. 983. Texte et commentaire, t. 5, p. 956.

ART. 984 et 985. Texte et commentaire, t. 5, p. 957.

3187 à **3216**. [[Voy. *Quest.* 2504 à 2507 *sedecies*, t. 5, p. 925 à 960.]]

TITRE VIII.

Du Bénéfice d'inventaire.

(*Voy.* t. 5, p. 961.)

ART. 986. Texte et commentaire, t. 5, p. 962.

ART. 987. Texte de l'article, t. 5, p. 370; commentaire, p. 963.

ART. 988. Texte de l'article, t. 5, p. 371; commentaire, p. 967.

ART. 989. Texte et commentaire, t. 5, p. 973.

ART. 990. Texte et commentaire, t. 5, p. 975.

ART. 991. Texte et commentaire, t 5, p. 975.

ART. 992. Texte et commentaire, t. 5, p. 978.

ART. 993. Texte et commentaire, t. 5, p. 979.

ART. 994. Texte et commentaire, t. 5, p. 980.

ART. 995. Texte et commentaire, t. 5, p. 980.

ART. 996. Texte et commentaire, t. 5, p. 981.

3217 à **3240**. [[Voy. *Quest.* 2508 à 2528, t. 5, p. 982.]]

TITRE IX.

De la Renonciation à la communauté, de la Vente des biens dotaux et de la Renonciation à la succession.

(*Voy.* t. 5, p. 982.)

Art. 997. Texte de l'article, t. 5, p. 373; commentaire, p. 983.

3241 à **3243**. [[Voy. *Quest.* 2529, 2529 *bis*, et 2530, t. 5, p. 982 à 984.]]

TITRE X.

Du Curateur à une succession vacante (1).

Si les héritiers ont renoncé à la succession, ou si, à l'expiration des délais fixés par les art. 1457 et suivants du Code civil, personne ne se présente pour accepter, la succession est déclarée *vacante*, et le tribunal, sur la demande des parties intéressées ou du ministère public, nomme un *curateur* chargé de l'administrer.

A la vérité, l'art. 344 de la Coutume de Paris indiquait les formes dans lesquelles le curateur devait faire vendre le mobilier; mais aucune règle particulière ne lui était prescrite pour la vente des rentes ni pour celle des immeubles : de là étaient résultées plusieurs fois des fraudes ou du moins des contestations telles que peut les faire naître le seul soupçon de ces fraudes. La source de ces difficultés est tarie par la sagesse de l'art. 1001.

Art. 998. Lorsqu'après l'expiration des délais pour faire inventaire et pour délibérer, il ne se présente personne qui réclame une succession, qu'il n'y a pas d'héritier connu, ou que les héritiers connus y ont renoncé, cette succession est réputée vacante (2); elle est pourvue d'un curateur, conformément à l'article 812 du Code civil.

Tarif, 77.—[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 491, nos 1 à 9] — Cod. civ., art. 795, 811 et 812. Notre Dict. gén. de proc. civ., v° *Succession*. nos 64 et 65.

Questions traitées : Dans quelles formes doit être requise la nomination du curateur à une succession vacante? 3243 *bis*. — Le jugement qui nomme un curateur à la succession vacante, quand les héritiers conditionnels demandent la saisine, est-il interlocutoire et sujet à l'appel? *Q.* 3244. — Lorsque les héritiers, appelés en premier ordre à une succession, ont renoncé, est-il nécessaire, avant de faire nommer un curateur, d'agir contre les héritiers d'un ordre subséquent qui pourraient se rencontrer, ou du moins de le mettre en cause dans l'instance en nomination? *Q.* 3244 *bis*.—Le curateur nommé doit-il prêter serment ou fournir caution avant d'entrer en fonction? *Q.* 3245.— Doit-il être passé acte au greffe de l'acceptation du curateur nommé, et celui-ci doit-il constituer un avoué dans cet acte? *Q.* 3246.]

---

(1) *V.* Code civil, liv. 3, tit. 1, chap. 5, sect. 4.

(2) Il ne faut pas confondre les successions vacantes avec les successions déférées à l'Etat par *déshérence*, ou quand il n'y a ni parents successibles, ni enfants naturels, ni époux survivants, ou quand il s'agit de biens acquis par un mort civilement. Cod. civ., art. 33, 767, 768; avis du conseil d'Etat, des 3 nov. 1809 et 27 sept. 1811.)

[[**3243** bis. *Dans quelle forme doit être requise la nomination du curateur à une succession vacante?*

Si c'est le procureur du roi qui provoque la nomination, il suffit d'un réquisitoire verbal.

Si c'est un créancier, un légataire ou toute autre partie intéressée qui la requiert, elle adresse au tribunal une requête, à laquelle doivent être annexées les pièces justificatives, c'est-à-dire l'acte de décès, pour prouver que les délais sont expirés sans qu'il se soit présenté d'héritiers, ou l'expédition de la renonciation que ces héritiers ont pu faire.

Sur cette requête, le président ordonne qu'elle soit communiquée au procureur du roi et commet un juge pour faire le rapport. Le curateur est ensuite nommé à l'audience, par jugement signifié sur les diligences de la partie. *V.* notre *Comm. du Tar.*, t. 2, p. 492, nos 3 et 4.]]

3244. *Le jugement qui nomme un curateur à la succession vacante, quand les héritiers conditionnels demandent la saisine, est-il interlocutoire et sujet à l'appel?*

Oui, car en nommant un curateur, le tribunal préjuge contre les droits de ces héritiers dans la succession (*Voy.* arrêt de la Cour de Turin, du 13 avril 1807, *Jurispr. du Code civ.*, t. 10, p. 206, et *J. Av.*, t. 22, p. 333); et sur l'appel, la Cour peut, en réformant, nommer un autre curateur. (Cassat., 7 fév. 1809, S., 9.1.141, et *J. Av.*, t. 9, p. 183.)

[[Cette décision est incontestable. *Voy.* encore un arrêt de Cass. du 3 nov. 1809.]]

[[**3244** bis. *Lorsque les héritiers, appelés en premier ordre à une succession, ont renoncé, est-il nécessaire, avant de faire nommer un curateur, d'agir contre les héritiers d'un ordre subséquent qui pourraient se rencontrer, ou du moins de les mettre en cause dans l'instance en nomination?*

La négative sur cette question, soutenue par tous les auteurs de droit civil et par M. Thomine Desmazures, t. 2, p. 640, a été consacrée par les Cours d'Aix, 17 déc. 1807 (*J. Av.*, t. 21, p. 334) et de Paris, 31 août 1822 (*J. P.*, 3e éd., t. 17, p. 608), et nous croyons que c'est avec raison. Lorsque les héritiers appelés en premier ordre par la loi n'ont pas accepté, ce n'est pas aux créanciers, dont les intérêts sont peut-être en péril, à chercher s'il n'existe pas d'autres successibles, que souvent ils ne connaissent pas : c'est à ces derniers à se présenter et à réclamer leurs droits, s'ils le jugent convenable.]]

3245. *Le curateur nommé doit-il prêter serment* [[*ou fournir caution*]] *avant d'entrer en fonction?*

Non, puisque ni le Code civil ni le Code de procédure ne l'exigent. (*Voy.* arrêt de la Cour de Bordeaux du 4 avril 1809, S., 13.2.333, et *J. Av.*, t. 18, p. 335.)

[[C'est l'avis de MM. Berriat Saint-Prix, p. 723, not. 4, Thomine Desmazures, t. 2, 641 et le nôtre. *Voy.* sur la caution, *Quest.* 3249, *infrà*, p. 615.]]

3246. *Doit-il être passé acte au greffe de l'acceptation du curateur nommé, et celui-ci doit-il constituer un avoué dans cet acte?*

Oui, dit M. Pigeau, t. 2, p. 725; mais il n'est pas nécessaire, ajoute-t-il,

p. 726, aux notes, de constituer avoué dans cet acte, puisqu'il ne s'agit ni de demander ni de défendre en justice : néanmoins, on le fait ordinairement, parce que cette constitution vaut à l'avoué un pouvoir pour défendre à toutes les demandes formées contre le curateur, et pour agir sur celles qu'il forme.

Nous remarquerons, contre cette opinion de M. Pigeau, que ni le Code civil ni le Code de procédure, ne parlent de la nécessité de l'acceptation au greffe ; or, on peut dire qu'il y a assez de formalités prescrites sans en augmenter inutilement le nombre.

La loi n'impose d'autres obligations au curateur acceptant, après le jugement qui le nomme, que de faire constater l'état de la succession par un inventaire, et de faire vendre le mobilier. (Cod. proc. civ., art. 1000.)

Dès qu'il a connaissance de sa nomination, soit parce qu'il s'est trouvé présent au jugement, soit par l'avis qu'il en a reçu, il peut de suite entrer en fonction : il a qualité pour cela. La gestion qu'il fait, postérieurement à la connaissance qu'il a acquise de sa nomination, équivaut à une acceptation. Il est d'ailleurs un véritable *mandataire* établi par justice ; or, l'acceptation d'un mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution même qui lui a été donnée par le mandataire. (Code civ., art. 1985.)

Il faut remarquer, au surplus, que le tuteur nommé par un conseil de famille n'est pas tenu d'accepter formellement avant de pouvoir administrer ; l'art. 418 du Code civil, en lui imposant le devoir d'administrer du jour que sa nomination lui a été connue, ne lui impose en aucune manière cette obligation. Quelle serait donc la raison pour décider autrement, par rapport au curateur nommé à une succession vacante ?

Nous croyons en conséquence que l'acceptation au greffe est une formalité inutile.

L'erreur de M. Pigeau, si nous avons raison de croire qu'il se soit trompé, provient de ce que ce savant maître a voulu, autant que possible, expliquer la procédure actuelle par celle qui s'observait autrefois au Châtelet de Paris, où l'usage était d'exiger l'acceptation. (*Voy.* sa *Procéd. civ. du Châtelet*, t. 2, p. 509.)

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 611, émet une opinion conforme à celle de M. Carré. Nous croyons, quant à nous, que, dans cette matière, nulle forme n'est de rigueur. Ainsi, l'acceptation pourrait se faire devant le tribunal qui en donnerait acte, ou bien le jugement de nomination commettrait un de ses membres pour recevoir l'acceptation du curateur. Mais il faut convenir que l'acceptation au greffe est la forme la plus simple ; c'est du moins celle qui est le plus généralement suivie. Ce n'est pas qu'elle ne pût résulter de certains faits d'administration, comme le dit M. Carré. Mais, pour prévenir toutes difficultés, il vaut mieux suivre la marche indiquée par M. Pigeau, et qui n'entraîne point, d'ailleurs, de grands frais. *Voy.*, au surplus, notre *Comm. du Tarif*, t. 2, p. 433, n° 8.]]

ART. 999. En cas de concurrence entre deux ou plusieurs curateurs, le premier nommé sera préféré, sans qu'il soit besoin de jugement.

[QUESTIONS TRAITÉES : Quand peut-il arriver qu'il y ait lieu à l'application de l'art. 999 ? *Q.* 3247.— En cas de nomination de deux curateurs le premier nommé doit-il être préféré, quel que fût le tribunal qui l'eût nommé *Q.* 3248.]

DXCVI. Si l'on s'était borné à déclarer auquel de deux ou plusieurs curateurs en concurrence resterait l'administration, on eût pu croire qu'il eût fallu recourir au tribunal pour faire appliquer la disposition de la loi portant cette

simple déclaration ; le législateur a pris soin d'épargner les frais de cet inutile recours, en prononçant que le premier nommé sera préféré *sans qu'il soit besoin de jugement;* mais évidemment, il suppose qu'il n'y a pas de contestations, car s'il s'en élève, il faut bien que le juge intervienne pour les terminer, comme le prouvent les décisions ci-dessus citées (1) et les solutions des questions que nous allons examiner.

3247. *Quand peut-il arriver qu'il y ait lieu à l'application de l'art.* 999 ?
3248. *En cas de nomination de deux curateurs, le premier nommé doit-il être préféré, quel que fût le tribunal qui l'eût nommé?*

Il peut arriver que deux ou plusieurs curateurs aient été nommés, parce que plusieurs créanciers auraient pu séparément user du droit que la loi donne à chacun d'eux de provoquer la nomination d'un curateur.

Mais, comme nous venons de le dire au commentaire ci-dessus, le premier nommé ne peut être préféré sans jugement qu'autant qu'il n'y a pas de contestation, et nous ajoutons ici *qu'autant qu'il a été nommé par le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte*, ce tribunal étant le seul compétent pour cette nomination : si donc les nominations avaient été faites par des tribunaux différents, ce serait le curateur nommé par celui du lieu de l'ouverture de la succession qui serait préféré, quand même il l'aurait été le dernier. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 726; DELAPORTE, t. 2, p. 476; BERRIAT SAINT-PRIX, p. 723, note 4, et TOULLIER, t. 4, p. 383, n° 382.)

[[Nous adhérons à ces diverses explications, qui ne nous paraissent pas susceptibles de difficulté.]]

ART. 1000. Le curateur est tenu, avant tout, de faire constater l'état de la succession par un inventaire, si fait n'a été, et de faire vendre les meubles suivant les formalités prescrites aux titres de l'Inventaire et de la Vente du mobilier.

[Cout. de Paris, art. 344.] — Cod. civ., art. 818 et 814. — Cod. proc. civ., art. 941 et suiv., 945 suiv. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 494, nos 11 à 15. — Locré, t. 23, p. 324, n° 38.]

ART. 1001. Il ne pourra être procédé à la vente des immeubles et rentes que suivant les formes qui ont été prescrites au titre du Bénéfice d'inventaire (2).

Tarif, 128. — [Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 495, nos 16 à 19.] — Cod. civ., art. 805, 813. — Cod. proc. civ., art 986 et suiv. [— Locré, t. 23, p. 365, n° 15.

QUESTIONS TRAITÉES : S'il existe dans un même arrondissement de tribunal, plusieurs successions déclarées vacantes, les curateurs peuvent-ils réunir les poursuites pour parvenir à la vente des biens qui dépendent de chaque succession ? *Q.* 3248 *bis.*]

[[**3248** bis. *S'il existe dans un même arrondissement de tribunal, plusieurs successions déclarées vacantes, les curateurs peuvent-ils réunir les poursuites pour parvenir à la vente des biens qui dépendent de chaque succession ?*

L'art. 813, Code civ., charge spécialement les curateurs aux successions vacantes de toutes les opérations relatives à la régie et à la vente des biens de

(1) [Sous la *Quest.* 3244.]
(2) *V.* les préliminaires du titre, t. 5, p. 961.

ces successions. — On a demandé si, lorsqu'il existe dans l'arrondissement d'un même tribunal plusieurs successions déclarées vacantes, les curateurs ne pouvaient pas se réunir pour poursuivre en commun la vente des biens qui en dépendent. M. le garde des sceaux, consulté par le ministre des finances sur cette question, a répondu « qu'il est dans l'essence des jugements et des opérations judiciaires assimilées aux jugements, d'offrir pour garantie aux justiciables un examen particulier et distinct de chaque procès, de chaque affaire; que, d'après ce principe, on ne peut réunir les ventes dont il s'agit dans une même opération, pas plus qu'on ne saurait prononcer par un seul jugement sur plusieurs procès d'une même nature; que l'opinion contraire serait en opposition avec toutes les idées reçues sur la nature des actions, et que, si aucun texte positif ne les prohibe, on pourrait cependant trouver un empêchement dans les lois fiscales. » En adoptant ces motifs, M. le ministre des finances a décidé, le 20 octobre 1827, qu'il n'y avait pas lieu de réunir les pousuites, dans le cas dont il s'agit.]]

Art. 1002. Les formalités prescrites pour l'héritier bénéficiaire s'appliqueront également au mode d'administration et au compte à rendre par le curateur à la succession vacante.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 496, n°s 20 à 25.] — Cod. civ., art. 813 et 814. — Cod. proc. art. 527 et suiv. et 995. — [Notre Dict. gén. de proc. civ., v° *Succession*, n°s 66, 67. — Locré, t. 23, p. 321, n° 40 et p. 353, n° 19.

Questions traitées : La disposition de l'art. 1002, d'après laquelle le curateur à une succession vacante est assujetti, quant à son administration et à son compte, aux règles propres à l'héritier bénéficiaire, n'admet-elle aucune exception? *Q*. 3249. — Le curateur à une succession vacante doit-il être mis personnellement en cause, dans les débats qui s'élèvent sur le point de savoir si telle partie doit ou non être considérée comme possédant la qualité d'héritier? *Q*. 3249 *bis*. — Le curateur pourrait-il être condamné personnellement aux frais de contestations élevées à raison de la succession vacante? *Q*. 3249 *ter*.— L'héritier bénéficiaire est-il obligé de faire la déclaration prescrite par la loi du 22 frim. an VII, pour le droit de mutation, et d'acquitter ce droit? *Q*. 3250.— S'il s'élève des difficultés sur le règlement de tous les frais, comptes et dépenses qui concernent la liquidation d'une succession vacante, à quel tribunal l'affaire doit-elle être portée? *Q*. 3250 *bis*. (1)]

3249. *La disposition de l'art.* 1002, *d'après laquelle le curateur à une succession vacante est assujetti, quant à son administration et à son compte, aux règles propres à l'héritier bénéficiaire, n'admet-elle aucune exception?*

Il y a cette différence entre le curateur à la succession vacante et l'héritier bénéficiaire, premièrement, qu'il n'est pas tenu de donner caution; car on ne saurait la demander à quelqu'un qui est appelé à remplir un ministère de confiance (voy. *Exposé des motifs*, édit. de F. Didot, p. 337, et Locré, t. 23, p. 353, n° 19); secondement, que les sommes provenant de la succession sont consignées à la caisse des consignations, d'après un avis du conseil d'Etat du 19 sept. 1809, approuvé le 13 oct. suivant (voy. *Bulletin des lois*, 4e série, t. 11, p. 158), et l'art. 2 de l'ordonnance du 3 juillet 1816 (2).

---

(1) **Jurisprudence.**

[Nous pensons que :

1° L'administration des domaines n'a pas le droit d'exiger de comptes d'un curateur une à succession vacante, lorsque cette succession n'a rien produit, et que le curateur n'a aucuns deniers. Cass., 20 janv. 1807 (*J. Av.*, t. 21, p. 333).

2° Le curateur à une succession vacante a qualité pour interjeter appel du jugement qui, dans une distribution des deniers mobiliers dépendants de cette succession, accorde à un créancier un dividende qu'il croit ne lui être pas dû. Poitiers, 24 mars 1830 (*J. Av.*, t. 38, p. 209).]

(2) Il faut néanmoins remarquer que le curateur ne consigne que ce qui lui reste, déduction faite des frais funéraires et de dernière maladie, ainsi que des frais de

[[A ces remarques, qui sont exactes, il faut ajouter que l'héritier bénéficiaire administre gratuitement, et n'est point contraignable par corps (voy. nos *Quest*, 537 et 1847) ; que le curateur, au contraire, est exposé à cette voie de coercition, comme tout comptable commis par justice. C'est un mandataire salarié qui doit rendre compte, soit aux créanciers, soit aux héritiers, s'il s'en présente, soit à la régie.

Voy. dans ce sens, MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 712; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 644, et Cass., 18 niv. et 9 prair. an XII.]]

[[**3249** bis. *Le curateur à une succession vacante doit-il être mis personnellement en cause dans les débats qui s'élèvent sur le point de savoir si telle partie doit ou non être considérée comme possédant la qualité d'héritier?*

Il peut arriver que la renonciation à une succession soit contestée comme tardivement ou frauduleusement faite, ou même que le renonçant revienne sur sa résolution et reprenne sa première qualité, ce qu'il lui est permis de faire, tant que nul autre n'a été, par l'acceptation, investi de ses droits. Dans ces débats et tous ceux du même genre, le curateur à la succession vacante n'a aucun intérêt. Il administre pour le compte de l'héritier, quel qu'il soit, et abstraction faite de toute considération personnelle. La Cour de Rennes a donc jugé avec raison : 1° que l'héritier qui rétracte sa renonciation n'a pas besoin de le mettre en cause sur sa demande; 11 août 1813 (*J. Av.*, t. 21, p. 338) ; 2° que le même curateur est sans qualité pour intervenir sur l'appel d'un jugement qui a déclaré héritiers purs et simples des parties qui n'avaient accepté la succession que sous bénéfice d'inventaire; 19 déc. 1835 (*J. Av.*, t. 51, p. 607).]]

[[**3249** ter. *Le curateur pourrait-il être condamné personnellement aux frais de contestations élevéesà raison de la succession vacante?*

L'affirmative résulte évidemment des termes de l'art. 132, Code proc. civ., d'après lequel les tuteurs, *curateurs*, *héritiers bénéficiaires*, etc., qui compromettent les intérêts de leur administration sont passibles d'une condamnation personnelle. C'est aussi ce qu'a décidé la Cour de cass., le 7 fév. 1809. (*J. Av.*, t. 9, p. 183.)

La Cour de Rennes, le 11 août 1813 (*J. Av.*, t. 21, p. 338), a cependant jugé que le curateur qui n'a plaidé que d'après l'avis d'un avocat qui lui a été donné pour conseil, doit obtenir ses dépens, quoique ses demandes soient rejetées. On conçoit, du reste, facilement que ce sont là des décisions d'espèces, et que l'appréciation des juges est souveraine dans tous ces cas. Mais les tribunaux ne doivent condamner l'administrateur personnellement qu'avec la plus grande réserve, surtout lorsque, avant d'engager un procès ou d'y défendre, il a pris l'avis de jurisconsultes. (*Voy.* la *Quest.* 562, t. 1er, p. 666, et notre *Comm. du Tarif*, t. 2, p. 498, n° 24.]]

3250. *L'héritier bénéficiaire est-il obligé de faire la déclaration prescrite par la loi du 22 frimaire an VII, pour le droit de mutation, et d'acquitter ce droit?*

Il doit faire cette déclaration dans les six mois du jour de l'ouverture de la

---

scellés, d'inventaire et de vente du mobilier, qui, étant privilégiés, doivent primer toute créance. (Circul. minist. 14 mess. au XIII.)

succession, sous peine de demeurer personnellement responsable du demi-droit en sus (*voy.* les instructions du directeur de la régie, des 24 germ. an XII et 3 fruct. an XIII); et la régie est fondée à exiger de lui le droit de mutation, lors même que la succession n'aurait rien produit, et qu'il eût déclaré n'avoir aucuns deniers entre ses mains, sauf à lui à fournir la preuve de ses maintiens en rendant compte de son administration. (*Voy.* arrêts de la Cour de cass., des 7 janv. et 4 avril 1807, S., 7.1.59, et 8.2.290.)

[[Cette décision s'applique au curateur d'une succession vacante.]]

[[**3250** bis. *S'il s'élève des difficultés sur le règlement de tous les frais, comptes et dépenses qui concernent la liquidation d'une succession vacante, à quel tribunal l'affaire doit-elle être portée?*

Au tribunal du lieu où la succession s'est ouverte, comme l'a jugé la Cour de Rennes, le 30 nov. 1812 (*J. Av.*, t. 22, p. 79). Cela résulte de la combinaison des art. 812 du Code civ. et 527 du Code de procéd., dont le premier dispose que le curateur est nommé par le tribunal du lieu de la succession, et le second que tout comptable commis par justice doit être poursuivi devant les juges qui l'ont commis. *Voy.* nos questions sur l'art. 527.]]

LIVRE III.

TITRE UNIQUE.

Des Arbitrages (1).

La loi garantit aux citoyens, comme un droit naturel, celui de soumettre leurs contestations à des arbitres de leur choix; ainsi, dans sa pensée, dans son vœu, l'arbitrage est la première juridiction à laquelle les parties doivent recourir (2).

Cette juridiction est tout à la fois volontaire et contentieuse.

Elle est *volontaire* (3), parce qu'*en général* les parties sont libres de s'y soumettre ou de déférer leur différends aux magistrats institués par la loi.

(1) *Voy.* sur cette importante matière, notre *Traité des lois d'organisation et de compétence*, p. 7 et suiv. de la première partie, et en entier le liv. 3, tit. 1.

(2) L'origine de l'arbitrage tient à celle des premières associations politiques. Il était autorisé par les lois romaines, et toutes les questions qui y ont rapport se trouvent traitées au Digeste, liv. 4, tit. 8, *de Receptis, qui arbitrium receperunt ut sententiam dicant*, auquel on doit joindre le tit 56 du liv. 2 du Code, *de Receptis arbitris.* L'ancien droit français autorise pareillement les arbitrages. (*V.* édit. de 1535 et 1560.) La coutume de Bretagne, art. 18, permettait expressément aux parties de soumettre à des arbitres la décision de leurs contestations.

(3) Le droit romain ne forçait, en aucun cas, les citoyens à s'éloigner des tribunaux ordinaires pour mettre leurs procès en arbitrages; mais l'édit de 1560, art. 3, ouvrage du célèbre chancelier de L'hopital (c'est ainsi qu'il signait comme chancelier de France), confirmé par l'ordonnance de Moulins, obligeait les parents de s'en rapporter, à l'égard de certaines contestations,

Elle est *contentieuse*, parce qu'elle ne s'exerce jamais qu'à fin de jugement à rendre sur un litige (1).

Il n'est aujourd'hui qu'un seul cas dans lequel les parties soient obligées de faire choix d'arbitres, c'est celui d'une contestation élevée entre associés, et pour raison d'une société commerciale (*Voy.* la note 3, à la page précédente, *in fine*). La loi (Code de comm., art. 51) prescrit ici l'arbitrage comme le plus sûr moyen de régler promptement les droits des parties (2).

Pour distinguer ces arbitres *forcés* de ceux que les parties choisissent en toute autre circonstance que celle dont nous venons de parler, ceux-ci sont appelés *volontaires*, et on les distingue eux-mêmes en *arbitres proprement dits*, et en *arbitrateurs ou amiables compositeurs*, suivant que les parties les ont institués, à l'effet de prononcer d'après la rigueur du droit et les formes prescrites par la loi, ou à l'effet de statuer avec dispense de ces formes, et conformément aux règles de l'équité. (Art. 1009 et 1019.)

Toutes les dispositions législatives qui régissent aujourd'hui l'arbitrage ordinaire sont contenues au livre 3 de cette seconde partie du Code de procédure, et se rapportent *au compromis, à la révocation et à la récusation des arbitres, à la procédure, au jugement, à son exécution, et aux manières de l'attaquer.*

Elles établissent une procédure véritablement *judiciaire*, puisqu'elle conduit à une décision qui, après l'apposition de l'ordonnance d'exécution, a tous les caractères et tous les effets d'un jugement.

[[Les additions nombreuses qu'exigerait l'état actuel de la doctrine et de la

---

au jugement de leurs plus proches parents et amis; disposition qu'on retrouvait dans l'art. 566 de la coutume de Bretagne, mais qui ne s'observait pas à la rigueur, comme le dit Duparc-Poullain sur cet article.

L'assemblée constituante la rétablit dans l'art. 12, tit. 10 de la loi du 24 août 1790, en l'étendant à toutes contestations entre conjoints, père et fils, grand-père et petit-fils, frères et sœurs, oncles et neveux. La Convention nationale soumit en outre à un arbitrage forcé une foule de contestations nées de ses lois spoliatrices, notamment en matière de biens communaux. (*V.* loi du 10 juin 1793.) Les abus qui résultèrent de cette exécution de l'arbitrage forcé en amenèrent la suppression pour tous les cas (loi du 9 vent. an IV), à la seule exception des contestations entre associés, et pour cause de société commerciale, conformément aux dispositions de l'ordonnance de 1673, qui resta en vigueur. Tel est encore l'état de la législation, d'après le tit. 1er de la loi du 24 août 1790, et les dispositions des Codes de commerce et de procédure.

(1) Si l'art. 429, Cod. proc. civ., autorise les tribunaux de commerce à renvoyer les parties devant des *tiers* pour examen de comptes, pièces et registres, c'est improprement qu'il les qualifie *d'arbitres*, puisque ces tiers n'ont à donner *qu'un simple avis* auquel le tribunal a tel égard qu'il juge convenable, et non pas une décision qui termine le différend. On les appelle *arbitres* pour les distinguer des *experts*, qui sont des hommes de l'art; mais, dans la réalité, leurs attributions sont les mêmes que celles de ces derniers.

(2) Ces arbitres sont nommés par les parties, ou, à défaut, d'office par le tribunal de commerce. (Code de comm., art. 53 et 55.) Ils prononcent dans un délai convenu, sinon déterminé par le tribunal. (Art. 54.) L'instruction à faire devant eux n'est assujettie à aucune formalité; ils jugent sur les pièces et mémoires des parties, appellent un surarbitre en cas de partage (art. 56, 60); leurs jugements sont rendus exécutoires par une ordonnance du tribunal de commerce, et sont susceptibles d'appel devant la Cour royale, et de recours en cassation, si les parties n'y ont pas renoncé.

Nous traiterons, sur chaque article du Code de procédure, avec lesquels elles peuvent avoir quelques rapports, les questions concernant ces arbitrages. On peut au reste consulter, sur cette matière, le Traité de l'arbitrage forcé en matière de société commerciale, par M. Merson, avoué près le tribunal de première instance de Nantes; ouvrage qui, pour n'être pas très étendu, n'en contient pas moins des notions utiles, des observations judicieuses, des solutions exactes; et particulièrement le Cours de droit commercial de M. Pardessus, et les Institutions commerciales de M. Delvincourt.

jurisprudence sur l'arbitrage forcé nous obligeaient à restreindre notre travail aux questions de procédure civile. Tout ce qui se rattache d'une manière exclusive aux sociétés commerciales sortant de notre cadre a dû, par conséquent, en être écarté. On peut consulter avec beaucoup de fruit l'excellent *Dictionnaire du Contentieux commercial* de MM. DEVILLENEUVE et MASSÉ, et le *Dictionnaire des temps légaux* de M. SOUQUET, v° *Arbitrage*, aux 27e à 30e tableaux, ouvrage si utile, et que nous aurons occasion de citer plusieurs fois.]]

ART. 1003. Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition.

Loi du 24 août 1790, art. 1. — Cod. civ., art. 1127 et suiv., 1989. — Cod. comm., art. 51, 65. — Cod. proc. civ., art. 1006. — [Notre Dict. gén. de proc. civ., v° *Arbitrage*, n°s 1 à 25. — Arm. Dalloz, v° *Arbitrage*, n°s 128 à 220. — Devilleneuve, v° *Compromis*, n°s 1 à 20. — Carré *Compétence*, t. 5, p. 234 et suiv. et p. 383. — Locré, t. 23, p. 425, n° 6, et p. 436, n° 3.]

QUESTIONS TRAITÉES : Un tuteur, lorsqu'il est autorisé par le conseil de famille et qu'il remplit les formalités prescrites par l'art. 467, Cod. civ., relatif aux transactions, peut-il valablement compromettre sur les intérêts du mineur ou de l'interdit? *Q.* 3251. — Le mineur commerçant peut-il compromettre, et sur quels objets? *Q.*3251 *bis.*—Quelles sont les parties qui, jouissant d'ailleurs de la plénitude de leurs droits, ne peuvent compromettre sur les intérêts qu'elles sont chargées de défendre? *Quid* du mandataire? d'un gérant d'une société en activité? du liquidateur d'une société dissoute? *Quid* des syndics d'une faillite? *Q.* 3251 *ter.* — Le mineur émancipé, la femme séparée de biens, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire peuvent-ils compromettre? *Q.* 3252.—Un héritier bénéficiaire peut-il compromettre sur les comptes que leur doivent les fermiers ou régisseurs de la succession, sans perdre par cela seul la qualité de bénéficiaire? *Q.* 3253. — L'héritier qui a compromis sur les intérêts de la succession pourrait-il faire annuler l'acte sous prétexte que, comme héritier bénéficiaire, il ne pouvait compromettre? *Q.* 3254. — Le mari a-t-il le droit de compromettre sur les contestations qui s'élèvent à raison de l'administration et de l'usufruit des biens dotaux? 3254 *bis.*— Le condamné par contumace peut-il compromettre pendant les cinq années de grâce? *Q.* 3255.—Le condamné à une peine emportant mort civile le peut-il également après sa condamnation? *Q.*3256.— Le condamné à la réclusion ou bien aux travaux forcés à temps peut il compromettre pendant la durée de sa peine? 3256 *bis.* — Le curateur d'un absent peut il compromettre pour lui, et s'il le fait les autres parties peuvent-elles opposer la nullité? *Q.* 3257. — Si d'après la solution donnée sur la précédente question, les parties capables de compromettre peuvent opposer la nullité d'un compromis et de ses suites au curateur d'un absent, s'ensuit-il que l'on doive décider de la même manière relativement à tout autre incapable? *Q.* 3258. — Si la partie qui aurait compromis avec un mineur, un interdit ou une femme mariée ne peut opposer la nullité, s'ensuit-il qu'elle ne puisse, tant que la sentence arbitrale n'est pas intervenue, demander que le compromis soit ratifié d'une manière légale ou qu'il reste sans effet? 3259. — Est-il des personnes qui ne peuvent être choisies pour arbitres parce qu'elles seraient formellement exclues par la loi? *Q.* 3260. (1)]

DXCVII. Le compromis (2) est un acte synallagmatique par lequel on renonce à la juridiction des juges établis par la loi, et l'on s'oblige d'exécuter la décision qui sera rendue par un ou plusieurs arbitres que l'on nomme pour prononcer sur les différends qu'on leur soumet.

Cet acte est un contrat, il en a tous les caractères, il doit en avoir tous les effets; mais il doit aussi être soumis à toutes les règles établies par les lois en matière de contrat.

On trouve une première application de ces règles dans la permission que

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

Le tuteur légal de ses enfants mineurs, partie en cette qualité au procès qui est devenu l'occasion d'un arbitrage, est censé avoir figuré au compromis en cette même qualité, bien que cela n'y soit pas exprimé. Poitiers, 22 juill. 1819 (*J. Av.*, t. 7, p. 82).

2° Un compromis est nul lorsqu'il est passé avec une partie qui se trouvait sans intérêt par la cession qu'elle avait faite de ses droits à un tiers et qu'elle avait laissé ignorer à son adversaire. Cass., 3 fév. 1807 (*J. Av.*, t. 7, p. 43).]

(2) COMPROMIS, du latin *compromittere* (de *promittere cum*), promettre ensemble, avec, parce que les parties promettent *ensemble*, et chacune envers l'autre, de se conformer à l'avis des arbitres qu'elles nomment.

l'art. 1003 accorde à toutes personnes de compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition; c'est une suite de la règle du droit romain : *illi possunt compromittere, qui possunt efficaciter obligari.*

On ne pouvait, sans injustice, refuser à celui que la loi autorise à disposer librement d'un droit quelconque, la faculté de soumettre à des arbitres la question de savoir s'il doit perdre ou conserver ce droit, ou de quelle manière il peut en jouir.

Il est juste, au contraire, de ne pas accorder cette faculté à celui qui ne peut pas disposer librement du droit qu'il conteste ou qui lui est contesté.

Le compromis, en effet, emporte une véritable disposition, au moins conditionnelle, puisqu'il oblige celui qui le souscrit à abandonner le droit litigieux, si les arbitres l'y condamnent. Ce serait donc permettre de faire par une voie indirecte ce que la loi défend de faire directement, que d'autoriser à compromettre sur des droits dont on ne peut disposer. Les lois ne comportent point de pareilles contradictions.

3251. *Un tuteur, lorsqu'il est autorisé par le conseil de famille, et qu'il remplit les formalités prescrites par l'art. 467 du Code civil, relatif aux transactions, peut-il valablement compromettre sur les intérêts du mineur ou de l'interdit?*

Oui, suivant l'opinion de M. Demiau-Crouzilhac, p. 672, et de M. Boucher, dans son *Manuel des arbitres,* p. 483, nos 918 à 959; mais nous adoptons l'opinion contraire de M. Berriat Saint-Prix, p. 40, note 9, et des auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 335 à 340, qui a pour appui deux arrêts de la Cour de cass., des 23 pluv. an X et 4 fruct. an XII, rapportés par ces deux auteurs, et qui avaient jugé de la sorte, attendu que l'art. 2 de la loi du 24 août 1790 interdisait la faculté de compromettre à tous ceux qui n'avaient pas *le libre exercice* de leurs droits. (*J. Av.*, t. 7, p. 25 et 30.)

Or, l'art. 1003 reproduit cette *disposition*, à la seule différence qu'il substitue le mot *disposition* à celui d'*exercice;* d'où il nous semble qu'il est permis de conclure que l'on peut encore argumenter de l'arrêt ci-dessus mentionné. A la vérité, on permet au tuteur de transiger en observant certaines formes (art. 467); mais le pouvoir de transiger ne comprend pas celui de compromettre. (*Voy.* Code civ., art. 1989.)

Quand on admettrait, comme l'a décidé la Cour de Nîmes, par arrêt du 17 août 1806 (voy. *Jurispr. du Code civ.*, art. 344), que des lettres écrites ensuite puissent suppléer à ce pouvoir, on ne saurait maintenir que cela s'appliquât au tuteur, et d'ailleurs on sent que le cas d'une transaction est bien différent de celui d'un compromis.

Dans la transaction, les conditions de l'accommodement sont connues, tandis que l'on ignore les résultats futurs du compromis. D'un autre côté, le tribunal, *sur les conclusions du ministère public*, homologue la transaction, sur l'avis de trois jurisconsultes, et le jugement arbitral n'est soumis qu'à la simple formalité d'une ordonnance d'*exequatur.* (Voy. *Prat.*, *ubi suprà*, p. 239.)

Opposerait-on qu'autrefois (voy. Jousse, *Traité de l'administration de la Justice*, t. 2, p. 689, n° 13, et Duparc Poullain, t. 8, p. 436), il paraissait d'usage constant que les sentences arbitrales rendues par suite de la compromission d'un tuteur pour son mineur n'étaient pas nulles dans la forme, et ne pouvaient être réformées que pour injustice ou mal jugé au fond? que le motif de cet usage doit être le même aujourd'hui, puisqu'il était fondé sur ce que la voie d'appel de la sentence arbitrale était ouverte au mineur? Dirait-on qu'il est toujours avantageux à ce dernier que ses droits soient défendus et jugés,

sans qu'il ait à faire les frais toujours trop considérables de la procédure ordinaire?

Nous répondrons que cet usage, contre lequel nous pourrions opposer des autorités respectables, puisées dans les annales de l'ancienne jurisprudence elle-même, ne peut être suivi maintenant, parce que la disposition de l'art. 1004 vient appuyer les conséquences à tirer de l'art. 1003, en ce que cette disposition décide qu'on ne peut compromettre sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public. Or, l'art. 83, § 6, met au nombre de ces contestations les causes des mineurs, et généralement toutes celles où l'une des parties est défendue par un curateur (1).

Que l'on insiste, en disant que les mineurs seront souvent privés des avantages que leur offre l'arbitrage, relativement à l'économie des frais, dans des affaires compliquées, pour lesquelles, par exemple, l'art. 509 de la Coutume de Bretagne autorisait le compromis, à ce sujet, M. Toullier, qui, d'ailleurs, partage notre opinion, dit qu'en ces sortes d'affaires, les parties conviennent souvent de remettre respectivement leurs pièces et mémoires à un ou à plusieurs jurisconsultes, pour s'en rapporter à leur avis, qui est rédigé en forme de jugement, qu'on passe ensuite par expédient sur les conclusions du ministère public. Il ajoute que les tribunaux favorisent, indiquent même, en certains cas, cette manière d'épargner des frais qui pourraient souvent surpasser le principal.

Mais, en agissant ainsi, c'est recourir à un véritable arbitrage que la loi prohibe, ainsi que M. Toullier en convient avec nous. Cependant, nous ne voudrions pas que le mineur ou l'interdit fût privé de ce moyen, que notre estimable collègue indique pour éviter les frais; et nous croyons qu'on y parviendrait d'une manière plus conforme à l'esprit de la loi, si, au lieu de donner leur avis en forme de jugement, les jurisconsultes choisis par les parties rédigeaient un modèle de transaction qui fût soumis au conseil de famille, et ensuite à l'homologation du tribunal, sur les conclusions du ministère public, et après un nouvel avis de trois jurisconsultes désignés par lui : nous avons vu procéder ainsi plusieurs fois.

[[En ce qui concerne l'incapacité du mineur pour compromettre, même avec l'assistance de son tuteur, la décision de M. Carré nous paraît inattaquable, et ses motifs de distinguer entre la transaction et le compromis nous semblent également bien fondés. Du reste, la doctrine est aujourd'hui fixée dans ce sens. Il nous suffira de citer ici l'opinion de MM. RODIÈRE, t. 3, p. 6; MONGALVY, p. 139, n° 163; GOUBEAU DE LA BILENNERIE, t. 1, p. 36 et 47; BOITARD, t. 3, p. 407; et BELLOT DES MINIÈRES, t. 1, p. 14. Il importe peu, d'après ces auteurs, qu'il s'agisse de choses mobilières ou immobilières, que le mineur ait été ou non lésé. Dans tous les cas, l'action en rescision lui appartient. Il existe toutefois une décision contraire de la Cour de Turin, 19 vent. an XI (*J. Av.*, t. 7, p. 28), mais antérieure au Code civil, et rendue d'ailleurs dans une espèce particulière, comme le font remarquer MM. DALLOZ, t. 1, p. 612, et DE VATIMESNIL, *Encyclopédie du Droit*, v° *Arbitrage*, n° 80.

---

(1) Mais cette décision ne s'appliquerait pas (*V.* DELVINCOURT, t. 1, p. 497) au cas où le mineur se trouverait, du *chef de son auteur*, intéressé dans une société commerciale. L'arbitrage est alors forcé, et le tuteur ne pourrait s'y refuser; seulement il ne peut renoncer à la faculté d'appeler du jugement arbitral. (Cod. comm., art. 61.)

Nous disons du *chef de son auteur*, car si le mineur était lui-même commerçant et membre d'une société de commerce, il serait alors réputé majeur pour tous les faits de son commerce, et par conséquent de la société (*Ibid.*, art. 2) : il pourrait donc être jugé par arbitres, et même renoncer à l'appel.

La difficulté est plus sérieuse, quant aux moyens proposés, soit par M. Toullier, soit par M. Carré, pour éluder cette incapacité et faire jouir le mineur des avantages du jugement arbitral. Ces moyens nous paraissent tous pécher par l'idée qui les a inspirés. Selon nous, en effet, et cela nous paraît résulter de la discussion au conseil d'Etat, il a été dans l'intention du législateur d'empêcher le mineur de compromettre, dans quelque cas que ce puisse être; ainsi, sous quelque forme qu'ait été fait le compromis, le mineur peut l'attaquer : « Il faut, dit M. Toullier, s'en rapporter à l'avis d'un ou de plusieurs jurisconsultes, qui sera rédigé en forme de jugement, et le faire passer ensuite par expédient sur les conclusions du ministère public. » Mais si, dans ce cas, le jugement se fonde sur l'avis des jurisconsultes, le compromis est alors évident, et le jugement est irrégulier d'abord, et ensuite radicalement nul; si, au contraire, le jugement n'en parle pas, le mineur se pourvoira par requête civile, sous le prétexte qu'il n'a pas été défendu. Ce mode nous paraît donc fort dangereux, et la raison d'équité que donne M. Toullier n'est pas, selon nous, assez forte pour combattre la lettre de la loi; le savant professeur cite l'adage romain *summum jus, summa injuria*; mais combien nos Codes offrent-ils d'exemples où les règles qu'ils prescrivent pourraient être ainsi qualifiées, *summa injuria!*....

Quant au mode indiqué par M. Carré, ce n'est plus là un compromis qui donne lieu à un arbitrage, puisqu'on ne peut agir ainsi que du consentement de toutes les parties; ainsi, peu importe que l'acte présenté au tribunal ait été fait par le tuteur ou par trois jurisconsultes, il n'en conserve pas moins le nom de *transaction*. Si, après l'avis des jurisconsultes, la partie adverse du mineur ne veut plus se conformer à cet avis, elle n'y est nullement forcée, puisque, selon M. Carré, ce n'était qu'un *modèle de transaction*, et alors pourquoi chercher un mode qui tienne tout à la fois et du compromis et de la transaction, puisque le compromis est défendu, et que les formalités ajoutées dans ce cas ne facilitent nullement les transactions qui peuvent avoir lieu dans les procès qui intéressent les mineurs? Nous croyons donc que le tuteur ne peut jamais *compromettre*, mais seulement *transiger*, en suivant les formalités prescrites par les art. 2045 et 467 Cod. civ.

MM. Mongalvy, *loco citato*, et de Vatimesnil, *Encyclop. du Droit*, v° *Arbitrage*, p. 593, n° 81, ont émis à ce sujet une opinion entièrement conforme à la nôtre. Du reste, dans son *Traité de Compétence*, n° 375, M. Carré conseille lui-même de ne pas mettre en usage les moyens qu'il avait indiqués dans les *Lois de la procédure*.

L'incapacité résultant de la qualité de mineur est tellement absolue, que la Cour de Turin, 17 mai 1806 (S., 7.2.1047), a cru devoir annuler le compromis souscrit par un majeur redevenu mineur, par suite des dispositions du Code civ., du moment de sa rentrée en tutelle.

Ajoutons cependant qu'un compromis entre majeurs ne devrait pas être annulé, sous le prétexte d'un intérêt éventuel qu'aurait un mineur à la contestation : sans doute, ce dernier, si l'intérêt existe réellement, pourra repousser l'effet du jugement en ce qui le concerne; mais ce n'est là qu'une faculté, et il n'est pas permis à des tiers d'exciper de son droit pour anéantir le compromis. La Cour de Paris, 13 avril 1810 (Dalloz, t. 1, p. 605), a rendu dans ce sens un arrêt approuvé par MM. Goubeau, t. 1, p. 51; et Bellot, t. 1, p. 55; et la Cour de cassation, 24 août 1829 (*J. P.*, 3e éd., t. 22, p. 1400), a jugé de la même manière, à l'égard d'un autre incapable. Cette solution n'est, du reste, qu'une conséquence des principes exposés sous la question 3258.]]

[[**3251** bis. *Le mineur commerçant peut-il compromettre, et sur quels objets?*

Il est incontestable que les règles exposées au précédent numéro ne reçoivent pas leur application à l'égard du mineur commerçant, lequel, par la nature même des opérations auxquelles la loi permet qu'il se livre, est soumis à l'arbitrage forcé, dans les cas où cette procédure a lieu. (*Voy.* Code comm., art. 2, et Code civ., art. 487). Toutefois, comme l'arbitrage forcé est restreint aux sociétés commerciales, on s'est demandé si, en toute autre matière, le négociant mineur pourrait volontairement souscrire un compromis? La question ainsi posée, la solution paraît facile; car ce que le mineur est tenu de faire en certaines circonstances, pourquoi ne serait-il pas libre d'y procéder dans les autres actes de son commerce? Ajoutons que l'art. 487 Code civ. n'admet pas de distinction; qu'il n'attribue pas capacité au mineur, uniquement pour ce qui regarde les sociétés, mais sous tous les rapports. Cette distinction, proposée par M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 714, ne peut donc être admise : tel est, du reste, l'avis de MM. PARDESSUS, n°s 1388 et 1418; DALLOZ, t. 1, p. 602, note 1, et DE VATIMESNIL, p. 594, n° 86.]]

[[**3251** ter. *Quelles sont les parties qui, jouissant d'ailleurs de la plénitude de leurs droits, ne peuvent compromettre sur les intérêts qu'elles sont chargées de défendre?* Quid *du mandataire? du gérant d'une société en activité? du liquidateur d'une société dissoute?* Quid *des syndics d'une faillite?*

Le pouvoir de soustraire un différend à la connaissance des tribunaux ordinaires et de le porter à des juges du choix des parties, enlevé à certaines personnes, ainsi que nous l'avons vu sous le numéro précédent, ou bien à raison de certains objets énumérés par l'art. 1004, appartient en principe à tout individu libre et maître de ses droits; mais ce pouvoir est si grand, son exercice entraîne des conséquences si importantes, qu'à l'égard des objets dont un tiers se trouve, dans l'un des cas nombreux que prévoit la législation, avoir l'administration ou la surveillance, il ne peut être permis à ce tiers de les soumettre, à sa volonté, au jugement d'arbitres, c'est-à-dire de compromettre à leur égard. Aussi, la loi et la doctrine se montrent-elles rigoureuses sur ce point. Des explications données par M. Carré sur la *Quest.* 3251, et dont l'exactitude est universellement reconnue, il résulte que la faculté même de transiger n'emporte pas celle de compromettre (1), et ce principe, appliqué en cet endroit aux actes consentis par le tuteur, s'étend à tous les droits conférés à des tiers par la loi ou les parties. Aussi est-il unanimement admis qu'un mandataire, même général, et pourvu d'une procuration portant pouvoir de transiger, ne peut compromettre sans une autorisation spéciale de son mandant. Les art. 1988 et 1989, Cod. civ. ne laissent d'ailleurs aucun doute sur ce point. En conformité de cette doctrine, la Cour de Toulouse, 29 avril 1820 (*J. Av.*, t. 7, p. 57), a annulé le compromis signé par un fils représentant son père, mais sans mandat de ce dernier.

Du reste, la même Cour a jugé avec raison, le 25 juin 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 291), que le compromis passé par un mandataire sans pouvoir est valable, quand celui-ci s'est porté fort en son nom personnel; mais il est bien évident

---

(1) [Ni de proroger un compromis : Cass., 18 août 1819 (*J. P.*, 3e édit., t. 15, p. 49). *V.* notre *Quest.* 3284, lors même qu'il est dit que le mandataire pourra *transiger par médiation d'arbitres*. Aix, 6 mai 1812 (*J. Av.*, t. 7, p. 75).]

que la convention n'est valable qu'entre les parties qui l'ont souscrite, et non par rapport au mandant, qui n'est nullement lié par elle.

La question de savoir si le gérant d'une société commerciale a le droit de compromettre sur les contestations existant entre la société et des tiers nous semble plus délicate. La difficulté n'est pas susceptible de la même solution dans tous les cas, à cause de la différence des pouvoirs attribués, selon la nature de l'association, au représentant des intérêts communs. MM. Mongalvy et Germain, p. 1153, n° 180, et Dalloz, t. 1, p. 622, après Pothier, lui refusent absolument le droit de compromettre.

M. de Vatimesnil, p. 599, n° 109, est entré à ce sujet dans des détails assez étendus, dont nous approuvons les principes, ainsi que MM. Devilleneuve et Massé, *Dictionnaire du Contentieux commercial*, v° *Compromis*, n° 4 : il distingue entre les sociétés civiles et commerciales. Dans les premières, nul associé ne pouvant, aux termes de l'art. 1862, engager les autres, s'ils ne lui en ont donné mandat, se trouve, par conséquent, hors d'état de passer un compromis, sans l'autorisation expresse de ses coassociés. Dans les secondes, il faut distinguer encore entre les diverses sortes d'associations; celle en nom collectif laisse toute latitude, sauf convention contraire, à chacun des associés envers les autres, ou aux gérants, s'il en a été nommé; *Voy.* Paris, 10 août 1809 (*J. Av.*, t. 4, p. 554). Celle en commandite n'attribue pas de moindres pouvoirs à son gérant, auquel l'art. 23, Cod. de comm., abandonne la *disposition* des objets qui en dépendent, sauf toujours la dérogation qui résulterait des termes de l'acte. Dans celles en participation, le titulaire agissant, à l'égard des tiers, comme maître exclusif de l'affaire, jouit des droits les plus étendus, comme l'ont reconnu les Cours de Paris, 9 avril 1831, et de cass., 2 juin 1834 (*J. P.*, 3ᵉ éd., t. 23, p. 1435, et t. 26, p. 582), et par conséquent de celui de compromettre; mais ici, encore, c'est aux conventions des participants qu'il faut s'en référer, aux termes de l'art. 48, Cod. comm., et si l'objet social était au nom de tous et non d'un seul, ils seraient censés par là n'avoir conféré à aucun d'eux le pouvoir de souscrire un compromis. Ces règles sont, du reste, consacrées par un usage général.

Quant aux sociétés anonymes, administrées par des *mandataires à temps* (art. 31, Cod. comm.), les principes sont nécessairement différents. Le concours de tous les associés, ou du moins l'autorisation de l'assemblée générale, si ce droit lui a été conféré, est indispensable pour attribuer au gérant la faculté de compromettre.

Le motif des distinctions précédentes s'applique au point de savoir si le même droit appartient au liquidateur d'une société dissoute; ce liquidateur n'est effectivement que le mandataire des anciens membres de la société, et son mandat n'a rien de commun avec celui d'un gérant ordinaire, puisqu'il ne s'agit plus que de régler les comptes, solder l'arriéré, recouvrer les créances, etc. Réduit à ces termes, le pouvoir qui lui est conféré n'emporte pas évidemment celui de compromettre, s'il n'y est autorisé par l'acte qui l'a constitué liquidateur, ou par un mandat spécial. Il importerait peu, d'ailleurs, que ce liquidateur ne fût autre que le gérant lui-même, puisque la société est dissoute, et que les droits qu'il tirait de l'acte social n'existent plus. C'est ce qu'a jugé la Cour de cass., le 15 janv. 1812 (*J. Av.*, t. 7, p. 71), et ce qu'admettent MM. Mongalvy, p. 156, n° 181; Dalloz, t. 1, p. 622, de Vatimesnil, p. 602, n° 117; Devilleneuve et Massé, v° *Compromis*, n° 5.

Dans quelle classe faut-il ranger les syndics d'une faillite? Sont-ce de simples mandataires, sans pouvoir pour consentir à un arbitrage sur les contestations que la masse des créanciers aurait à soutenir? M. Pardessus, n° 1388, n'hésite pas à déclarer nul le compromis passé par les syndics sans une autorisation expresse et spéciale. La même doctrine paraît résulter d'un arrêt de cassation

du 6 avril 1818 (*J. Av.*, t. 4, p. 629), dont l'opinion est adoptée par MM. DE VATIMESNIL, p. 603, nos 122 et 123, et BELLOT, t. 1, p. 279.

Moins absolu dans sa décision, M. MONGALVY, p. 159, nos 183 et 184, pose des cas où le compromis consenti par des syndics serait valable. « C'est, dit-il, « lorsqu'il s'élève des contestations entre eux et un créancier du failli, au sujet « d'une liquidation de société commerciale, parce qu'en pareille occurrence « l'arbitrage est forcé.

« Les syndics définitifs d'une faillite peuvent encore compromettre sur une « contestation née de l'exécution d'un acte passé de bonne foi entre des tiers « et le failli avant la faillite, lorsque, dans cet acte, il a été stipulé que les con- « ventions auxquelles son exécution pourrait donner lieu seraient soumises à « des arbitres. Cette clause modifie le principe général.

« Si, cependant, ajoute-t-il, sur une contestation entre associés, les syndics « avaient fait dégénérer l'arbitrage forcé en arbitrage volontaire, en donnant « aux arbitres la qualité d'amiables compositeurs, sans une autorisation ex- « presse de tous les créanciers, le compromis serait nul. »

En définitive, il faut convenir que ce dernier avis se rapproche beaucoup de celui de M. Pardessus et de la doctrine de la Cour de cassation, puisque M. Mongalvy admet en général la nullité du compromis souscrit par des syndics, sauf deux exceptions incontestables : le cas où l'arbitrage est forcé, et celui où le compromis volontaire est expressément autorisé. La Cour de Limoges, 28 avril 1813 (*J. A.*, t. 7, p. 79), paraît avoir été plus loin, en décidant que les syndics pouvaient convenir d'être jugés en dernier ressort par des arbitres forcés. Le principe sur lequel elle s'est fondée, qui est que les créanciers d'un failli sont naturellement ses ayants cause, et que tous les droits de ce dernier résident en la personne des syndics, leurs représentants, ce principe, disons-nous, conduirait à des conséquences plus graves, et semblerait autoriser les syndics à consentir même à un arbitrage volontaire. Nous ne pensons pas néanmoins qu'il faille aller jusque-là. Les syndics n'ont point la libre et pleine disposition des objets tombés par la faillite dans les mains des créanciers. Ils ne sont que les mandataires de ceux-ci, incapables par conséquent de compromettre, sauf les cas d'autorisation formelle ou d'arbitrage forcé : c'est assez dire que nous adoptons la doctrine de l'arrêt de cassation précité, avec les distinctions de M. Mongalvy, confirmées d'ailleurs par un autre arrêt de cassation du 6 février 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 52).

Il est d'ailleurs incontestable qu'à partir de la faillite, les créanciers sont seuls aptes à compromettre, et que le négociant, dessaisi de la disposition de ses biens, est privé de tout pouvoir à cet égard. Mais un mandat antérieurement donné et accompli de bonne foi, c'est-à-dire dans l'ignorance de la faillite, n'en produirait pas moins ses effets, comme l'a jugé la Cour de cassation, le 13 févr. 1808 (*J. Av.*, t. 7, p. 45.)

Il est d'autres personnes dont la qualité mixte ou indécise prête encore à la controverse : tels sont l'héritier bénéficiaire, le curateur d'un absent, l'époux administrateur des biens dotaux, etc. (*Voy.*, sur ces divers points et autres semblables, les questions suivantes.)]]

3252. *Le mineur émancipé, la femme séparée de biens, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, peuvent-ils compromettre ?*

Nous ne balancerons pas à décider cette question pour l'affirmative, mais seulement par rapport aux droits dont ces personnes peuvent disposer, puisque l'art. 1003, Cod. proc. civ., porte que toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la *libre disposition*, à la différence de l'art. 2 de la loi du 24 août 1790, qui se servait du mot *exercice*, et qui, conséquemment, pou-

vait laisser quelques doutes sur la solution de notre question. Telle est aussi l'opinion de M. Pigeau, puisqu'il applique à la compromission (*voy.* t. 1, p. 19) ce qu'il dit de la transaction. (*Ibid.*, p. 3 et suiv.)

[[Le principe d'après lequel M. Carré résout les diverses questions qu'embrasse ce numéro nous paraît exact en lui-même; mais les conséquences qui en découlent naturellement sont loin d'être unanimement reconnues par la doctrine.

Ainsi, le droit du mineur émancipé de compromettre sur ses revenus ou sur les actes de simple administration est admis, comme résultant des art. 481 et 482, Cod. civ., par MM. Mongalvy, p. 209, n° 267; Berriat Saint-Prix, p. 40, n° 9; Goubeau, t. 1, p. 43; Boitard, t. 3, p. 409; Thomine Desmazures, t. 2, p. 650; de Vatimesnil, *Encyclop. du Droit*, v° *Arbitrage*, p. 593, n° 85; et Dalloz, t. 1, p. 602, note 1; Devilleneuve et Massé, v° *Arbitrage*, n° 7; Bellot de Minières, t. 1, p. 113. Nous ne connaissons d'autres contradicteurs à cette doctrine que les auteurs du *Praticien* et M. Rodière, t. 3, p. 7. Notre estimable collègue se fonde sur ce que les causes des mineurs, émancipés ou non, sont indistinctement soumises à la communication au ministère public. Mais il est évident que ce principe est justement la question à résoudre, puisqu'il s'agit de savoir si la loi, lorsqu'elle ordonne la communication, a entendu y soumettre les procès auxquels donnent lieu des actes de simple administration; or, quant à ces actes, le mineur émancipé est autorisé à les faire de la manière la plus générale et sans distinction par l'art. 481. Bien plus, l'article suivant, prévoyant le cas où l'action serait immobilière, dispose qu'il ne pourra l'intenter sans l'autorisation de son curateur, ce qui implique son droit, en le subordonnant à une condition que nous ne retrouvons même pas dans l'espèce de l'art. 481. Mais le droit de recevoir les revenus emporte sans nul doute celui de repousser l'exception par laquelle le débiteur voudrait se soustraire au paiement. Le mineur est donc capable à raison de ces faits d'ester en jugement: si ce n'est pas là un acte d'administration, c'en est la conséquence. Dès lors, on ne voit pas pourquoi il lui serait interdit de soumettre le différend à des arbitres au lieu de le porter devant les tribunaux ordinaires.

Toutefois, il faut en convenir, ces raisons n'établissent pas invinciblement que la communication au ministère public soit inutile dans ce cas, et dès lors revient l'argument pris de la disposition formelle de l'art. 1004. Mais une lecture attentive de l'art. 83, § 6, doit, ce nous semble, dissiper tous les doutes: « Seront communiquées au ministère public les causes des mineurs, et généralement toutes celles où l'une des parties est défendue par un curateur. » Cette dernière disposition est l'explication et le meilleur commentaire de la première. La présence d'un tiers, chargé de défendre un incapable, est, pour le législateur, un avertissement de donner un nouveau défenseur aux intérêts de ce dernier, et c'est pour cela que la communication au ministère public doit avoir lieu. La difficulté se réduit donc à cette question: l'assistance du curateur est-elle nécessaire au mineur émancipé, plaidant à raison de ses revenus ou d'autres actes de simple administration?

Or, sur ce point, et par une contradiction assez étrange, plusieurs des auteurs que nous venons de citer, et qui admettent le droit du mineur de compromettre, exigent que, soit pour passer un compromis, soit pour plaider devant les tribunaux ordinaires, il soit toujours assisté de son curateur. Tel est notamment l'avis de MM. Goubeau et Bellot de Minières, *loc. citat.* M. de Vatimesnil suppose, au contraire, qu'il peut se passer de son autorisation, et la remarque que nous avons faite plus haut sur le texte des art. 481 et 482 prouve qu'il doit en être ainsi, la loi n'exigeant l'assistance du curateur que pour défendre à une action immobilière ou pour l'intenter. Quant aux actes de simple administration, il est permis au mineur de plaider seul. Dès lors, la communi-

cation au ministère public n'est plus qu'une forme sans objet, et un compromis remplacera valablement l'instance judiciaire : telles nous paraissent être les véritables raisons de décider cette première branche de la question.

En ce qui touche la femme séparée de biens, il est évident qu'elle ne peut, sans l'autorisation de son mari, compromettre sur ses biens immobiliers (1449). Mais quant à son mobilier, dont elle a la libre disposition (même article), MM. Boitard, t. 3, p. 410, et Bellot, t. 1, p. 87, enseignent qu'il lui est permis de soumettre à l'arbitrage tous différends à ce sujet. L'opinion contraire, soutenue par MM. Thomine Desmazures, t. 2, p. 650, Devilleneuve et Massé, v° *Arbitrage*, n° 11, se fonde sur ce qu'il est interdit à la femme séparée de biens de plaider quelque affaire que ce soit sans l'autorisation maritale. M. Boitard répond que cette prohibition est de pure convenance, et qu'établie en vue de la publicité des débats judiciaires, elle ne s'applique pas à la contestation, essentiellement privée et secrète, à laquelle la soumet un compromis. Cette distinction peut paraître bien subtile, et d'ailleurs mal fondée, en ce que l'arbitrage est susceptible d'entraîner par l'appel, par la requête civile, par l'opposition en nullité, une contestation judiciaire, pour laquelle M. Boitard reconnaît lui-même que la femme a besoin d'une autorisation. Il nous semble, quant à nous, que la question doit être résolue au moyen d'une précision qui résulte des termes de l'art. 83. D'après cet article, il y a lieu à communication au ministère public des causes de femmes mariées, dans tous les cas, lorsqu'il s'agit de leur dot ; à défaut d'autorisation maritale, dans les autres espèces. Ainsi, lorsqu'il s'agit de la dot des femmes, pas de compromis possible ; dans les contestations ordinaires, le mari peut autoriser sa femme à compromettre : s'il s'y refuse, la justice n'a pas le même droit ; elle peut seulement l'autoriser à plaider, mais sauf communication au ministère public. C'est ce qui résulte de ces expressions de l'art. 83 : « Les causes des femmes *non autorisées de leur mari.* »

Ce ne serait donc que tout autant que la femme n'aurait besoin de l'autorisation ni de son mari, ni de justice, qu'elle serait libre de compromettre d'après sa seule volonté.

Le prodigue pourvu d'un conseil judiciaire est dans l'impuissance de consentir, sans l'assistance de ce conseil, certains actes énumérés par l'art. 513 ; tous ceux qui sont en dehors de cette disposition lui restent permis. Il est libre, par exemple, de disposer de ses revenus, ce qui porte à se demander s'il l'est de compromettre à cet égard ? Sur ce point, et nonobstant les termes de l'art. 516 : « Il peut être défendu au prodigue de *plaider* », interprétés à la rigueur par MM. Mongalvy, p. 144, n° 165, et de Vatimesnil, v° *Arbitrage*, p. 594, n° 88, nous pensons avec M. Boitard, t. 3, p. 411, qu'il n'a pas besoin de l'assistance de son curateur pour compromettre sur les contestations de cette nature. Il est inutile de répéter les raisons déjà données ; nous ferons seulement remarquer qu'il existe ici un motif particulier, puisque la communication au ministère public, exigée dans toutes les causes où assistent soit un tuteur, soit un curateur, ne l'est pas à l'égard du prodigue, même dans la contestation où il doit être assisté de son conseil (*voy.* notre *Quest.* 405, t. 1, p. 501), et à raison desquelles ce dernier peut, par conséquent, l'autoriser à compromettre.

Ainsi, pour résumer en quelques mots cette discussion, il ne suffit pas qu'une partie ait la libre disposition d'un objet pour qu'il lui soit permis de compromettre sur ce point ; il faut de plus que la contestation n'emporte pas de droit communication au ministère public, et que la partie elle-même soit capable d'ester en justice. A prendre à la rigueur les termes des dispositions relatives aux mineurs émancipés, aux femmes séparées, aux prodigues, et même

certains passages de la discussion au conseil d'Etat (1), on pourrait croire que, même pour les objets dont la libre disposition leur est accordée, ces personnes se trouvent dans l'impuissance de compromettre, au moins sans l'assistance de leurs tuteur, curateur, époux, ce qui impliquerait prohibition absolue à l'égard des mineurs, que l'assistance d'un curateur soumet de plein droit à la communication au ministère public. Peut-être la loi n'a-t-elle pas coordonné d'une manière assez nette, assez explicite ces diverses dispositions; mais son intention nous paraît claire, surtout en les combinant avec l'art. 83.]]

3253. *Un héritier bénéficiaire peut-il compromettre sur les comptes que lui doivent les fermiers ou régisseurs de la succession, sans perdre par cela seul sa qualité de bénéficiaire?*

Un arrêt de la Cour de Paris, du 3 juin 1808 (*J. Av.*, t. 7, p. 52; S., 8.2.209), a, d'une manière absolue, jugé cette question pour l'affirmative, et telle est l'opinion de quelques auteurs.

M. Demiau Crouzilhac, dans sa thèse pour le concours ouvert à Paris, relativement à la chaire de procédure civile, vacante par le décès du vénérable et savant Pigeau, fait une distinction que nous croyons devoir admettre, par les motifs qu'il expose, en approfondissant la question sous ses véritables rapports.

Si, dit-il, l'on ne peut compromettre que sur les droits dont on a la libre jouissance, l'héritier bénéficiaire est exclu de cette faculté, quant aux droits de la succession, tant qu'il ne voudra pas se départir de la qualité de bénéficiaire, qualité mixte qui fait qu'il n'est point maître de la chose, quoique cependant le droit de propriété ne lui soit pas absolument étranger.

« Ainsi, l'héritier bénéficiaire est considéré par la loi tour à tour comme maître de la succession sous la qualité seule et isolée d'*héritier*, et comme simple administrateur et dépositaire sous la qualité de *bénéficiaire;* en sorte que s'il dispose, de son pur gré, de la succession en tout ou en partie, la disposition sera valable; mais en même temps cette disposition lui a ravi le bénéfice d'inventaire, parce que l'acte de maître et le bénéfice d'inventaire sont tellement incompatibles qu'ils ne peuvent jamais exister simultanément. Si l'héritier bénéficiaire est admis auteur *in rem suam*, comme héritier, il l'est aussi *in rem alienam*, comme bénéficiaire.

« La question se réduit donc à ces termes : ou l'héritier veut agir *en maître*, et alors il peut disposer, comme tel et à son gré, des droits de la succession, mais le bénéfice d'inventaire disparaît; ou bien il ne veut agir que comme *bénéficiaire*, et dans ce cas, il ne peut faire aucun acte qui dépasse les fonctions de simple administrateur; et, comme un simple administrateur n'a pas la libre disposition des droits qui lui sont confiés, il ne peut évidemment compromettre sur ces mêmes droits et lier ainsi les créanciers. »

Il s'agit maintenant d'appliquer ces principes à l'espèce de la question ci-dessus posée. Or, compromettre sur les comptes des fermiers et régisseurs, c'est agir comme simple administrateur; le compromis doit être annulé ainsi que tout ce qui s'en est suivi, mais l'héritier ne perdra pas pour cela la *qualité d'héritier bénéficiaire*, puisqu'il n'a compromis que comme administrateur et sur un objet d'administration.

---

(1) [M. le président du conseil d'Etat fut d'avis que les contestations qui intéressent des femmes, des mineurs, et en un mot des personnes auxquelles la loi n'accorde pas l'exercice de leurs droits, fussent toujours décidées par les tribunaux. *V.* LOCRÉ, t. 23, p. 389 et suivantes.]

[[Il est bien difficile de concilier la solution de M. Carré avec les principes de M. Demiau Crouzilhac; car si le compromis est nul, c'est indubitablement parceque l'héritier bénéficiaire a excédé ses droits, et un tel excès de pouvoir, d'après les principes déjà admis, et dont application est faite sur la question suivante, n'a pas pour effet d'annuler le compromis, mais de priver du bénéfice d'inventaire l'héritier qui l'a souscrit. Est-il vrai, toutefois, de dire qu'en compromettant, ce dernier, se soit soumis à une pareille conséquence? Les principes développés sur la *Quest.* 3352, et reconnus par l'arrêt de Paris précité, semblent au premier abord entraîner la négative; car si l'héritier bénéficiaire peut, sans perdre qualité, faire des actes d'administration, pourquoi ne pourrait-il pas plaider sur des comptes, et par conséquent compromettre? Mais ne perdons pas de vue la différence des positions: le mineur émancipé, la femme séparée ont, et la propriété, et la libre disposition de certains biens. L'héritier bénéficiaire, tant que cette qualité lui reste, n'est qu'un administrateur, le mandataire des créanciers. Il peut vendre certains objets, mais à la charge de rendre compte du prix; s'il les donne, s'il y renonce, s'il compromet, et ce dernier mot comprend tout, il fait acte, non plus d'administrateur, mais de maître. Tel est également l'avis de MM. MONGALVY, p. 145, n°s 168 et 169; DALLOZ, t. 1, p. 613, note 1; GOUBEAU, t. 1, p. 60; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 650; DE VATIMESNIL, v° *Arbitrage*, p. 595, n° 92; BELLOT, t. 1, p. 162. La doctrine de M. Carré et de la Cour de Paris semble toutefois approuvée de MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 715, DEVILLENEUVE et MASSÉ, v° *Compromis*, n° 13.

De ce que l'héritier bénéficiaire ne peut jamais compromettre sans excéder ses droits d'administrateur, faut-il conclure que le compromis est nul ou bien l'héritier déchu de sa qualité de bénéficiaire? *Voy.* la question suivante.]]

3254. *L'héritier qui a compromis sur les intérêts de la succession pourrait-il faire annuler l'acte sous prétexte que, comme héritier bénéficiaire, il ne pouvait compromettre?*

Par arrêt du 20 juillet 1814 (*J. Av.*, t. 7, p. 52; S., 15.1.32), la Cour de cassation a jugé la négative, dans une espèce où l'héritier n'avait pas pris qualité dans le compromis. Nous appliquerons cette décision même au cas où il eût pris qualité, parce que, dans l'un comme dans l'autre, il y a même raison de décider.

Dans la première hypothèse, l'héritier, en compromettant, doit être réputé avoir voulu déposer sa qualité de bénéficiaire pour prendre celle d'héritier pur et simple.

Dans la seconde, il fait un acte qui se trouve absolument en opposition avec la première qualité, et qu'il ne pouvait faire que sous la seconde: il doit encore, à notre avis, être censé avoir renoncé au bénéfice.

Ainsi, dans les deux hypothèses, le compromis doit tenir.

[[La doctrine est aujourd'hui fixée en ce sens. *Voy.* MM. MERLIN, *Répert.*, v° *Bénéfice d'inv.*, n° 26; PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 714; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 196; BERRIAT SAINT-PRIX, p. 720, note 15; DALLOZ, t. 1, p. 614; RODIÈRE, t. 3, p. 6, et les auteurs cités sur la précédente question.]]

[[**3254** bis. *Le mari a-t-il le droit de compromettre sur les contestations qui s'élèvent à raison de l'administration et de l'usufruit des biens dotaux?*

L'affirmative, sur cette question, ne nous paraît souffrir aucune difficulté. Il ne s'agit pas ici d'un compromis portant sur des biens dotaux, et atteint par conséquent d'une double nullité : 1° parce que ces biens sont inaliénables, du moins en règle générale; 2° parce que toutes contestations qui les concernent

sont communicables au ministère public. Il s'agit uniquement d'objets dont la loi du mariage confère au mari la libre et entière disposition; le compromis ne lui est donc pas interdit à raison de la nature de ses biens, et, suivant la juste observation de M. de VATIMESNIL, p. 595, n° 91, il n'y a pas lieu non plus à communication au ministère public, puisque cette communication n'est prescrite que dans le cas où les intérêts de la femme pourraient éprouver quelque préjudice. *Voy.* en ce sens, arrêt de Riom, du 8 juin 1809 (*J. Av.*, t. 7, p. 61).]]

3255. *Le condamné par contumace* (Code civ., art. 28) *peut-il compromettre pendant les cinq années de grâce?*

3256. *Le condamné à une peine emportant mort civile le peut-il également après sa condamnation?*

Nous pensons, avec M. PIGEAU, t. 1er, p. 9, que le premier ne peut compromettre; car, s'il n'est pas mort civilement, il est privé de l'exercice de tout droit civil. (*Voy.* Code civ., art. 27 et 28.)

Vainement opposerait-on qu'il peut acquérir, puisque le contrat de vente est un contrat du droit des gens; qu'il peut même succéder.

Nous répondrons (*Voy.* LOCRÉ, t. 1, p. 421, et DELVINCOURT, t. 1, p. 21) qu'il n'acquerra pas pour lui-même, puisqu'il ne peut exercer aucun droit résultant de son acquisition; que s'il n'est pas privé du droit de succéder, du moins il n'exerce pas ce droit, et ne peut, par conséquent, ni accepter, ni répudier; qu'il suit de-là qu'il n'a pas la disposition *de ses droits*, qui, d'ailleurs, sont exercés comme ceux de l'absent, et que ceux-là seuls pourraient compromettre, à qui l'administration de ses biens aurait été accordée.

D'ailleurs, la loi, afin de le forcer à comparaître, lui refuse toute protection; et ce serait évidemment lui accorder celle de l'autorité judiciaire, que de lui permettre de soumettre un différend à des arbitres dont la décision recevrait en définitive la sanction de la justice, et deviendrait exécutoire en vertu de l'ordonnance du président.

Quant au mort civilement, puisqu'il peut faire des acquisitions après avoir encouru la mort civile, et disposer des droits qui en résultent, nous croyons qu'il peut compromettre sur ces droits, sauf à se faire représenter par un curateur, afin d'obtenir l'ordonnance d'*exequatur*. (Arg. du Code civ., art. 22.)

On pourrait objecter que cette décision tend à lui donner la faculté d'éluder la disposition de la loi, qui veut qu'il ne puisse plaider que sous le nom d'un curateur.

Nous répondrons que cette disposition n'a été portée que pour éviter qu'un infâme ne souille par sa présence le sanctuaire de la justice; que le motif de cette disposition cesse, si des contestations sont soumises à des arbitres, et qu'il suffit, pour la satisfaction de la loi, que ce soit un curateur qui agisse pour lui, lorsqu'il a besoin de recourir au magistrat pour obtenir l'ordonnance d'*exequatur*. Sa position est bien différente de celle du condamné par contumace : celui-ci n'a la disposition d'aucun droit, puisqu'il n'en exerce aucun; celui-là peut disposer des droits résultant d'acquisitions qu'il lui est permis de faire; le premier est exclu du droit de compromettre par les termes de l'art. 1003; le second nous paraît compris dans ces termes.

Au surplus, et pour couper court à toute difficulté, le plus sûr serait que le compromis fût souscrit et le jugement rendu sous le nom d'un curateur qui poursuivrait l'ordonnance.

[[La décision de M. Carré, en ce qui touche le contumax a réuni l'adhésion de presque tous les auteurs. M. RODIÈRE, p. 7, et M. DALLOZ, t. 1, p. 610, présentent quelques objections; mais toute difficulté disparaît en pré-

sence des art. 28, Cod. civ., 47, Cod. pén., et d'un avis du conseil d'État du 20 sept. 1809, de la combinaison desquels il résulte que le contumax est dessaisi de ses biens, qu'il n'en a plus la libre disposition, et que par conséquent la faculté de compromettre lui est retirée. A l'égard du mort civilement, auquel M. Carré permet de soumettre à des arbitres tout débat sur les droits dont l'art. 22, Cod. civ., lui permet de disposer, MM. MONGALVY, p. 147, n° 170, et DE VATIMESNIL, v° *Arbitrage*, p. 597, n° 99, font observer que les morts civilement étant toujours pourvus d'un curateur, leurs causes deviennent communicables au ministère public, aux termes de l'art. 83, § 6, cas dans lequel l'art. 1004 interdit l'arbitrage. Cet argument nous paraît péremptoire; Il importe peu, ce nous semble, que le curateur soit donné à titre de protection ou à titre de peine, puisque la loi ne dispense pas de la communication, dans cette dernière hypothèse. M. RODIÈRE, t. 3, p. 7, se fonde, pour adopter l'opinion contraire, sur ce qu'en exigeant la nomination d'un curateur, on a voulu empêcher que la présence du mort civilement ne souillât le sanctuaire de la justice. Nous ne pensons pas que ce soit cette raison de délicatesse qui ait déterminé le législateur.]]

[[**3256** bis. *Le condamné à la réclusion ou bien aux travaux forcés à temps peut-il compromettre pendant la durée de sa peine?*

« Il est évident, dit M. DE VATIMESNIL, p. 597, n° 101, que ni lui ni le curateur qui gère et administre ses biens (art. 29, Cod. pénal,) ne peut compromettre, puisque l'un est en état d'interdiction légale, que l'autre n'a pas la disposition de la fortune du condamné, et que la communication au ministère public est nécessaire. »

Nous partageons entièrement cet avis.]]

3257. *Le curateur d'un absent peut-il compromettre pour lui, et s'il le fait, les autres parties peuvent-elles opposer la nullité?*

La Cour de cassation, section des requêtes, a jugé, par arrêt du 5 oct. 1808 (*J. Av.*, t. 7, p. 57), que ce curateur ne pouvait compromettre sur les droits de l'absent sans une autorisation spéciale, et que, s'il le faisait, le compromis était nul, même à l'égard des parties qui étaient capables de compromettre.

Les motifs de cet arrêt sont qu'un compromis est un acte synallagmatique; que, de sa nature, il doit contenir obligation réciproque; que, dans l'espèce, l'une des parties n'ayant pas de capacité ni d'autorisation suffisante pour obliger l'absent, les autres parties ne devaient pas être obligées envers lui; que conséquemment le compromis devait être déclaré nul, ainsi que tout ce qui l'avait suivi; qu'enfin, la disposition de l'art. 1125, Cod. civ., portant que les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée avec qui elles ont contracté, était sans application à l'espèce.

[[Tous les auteurs reconnaissent que le curateur d'un absent n'a pas le droit de compromettre sur les contestations élevées par des tiers contre la partie qu'il représente. MM. MONGALVY, p. 150, n° 172, et GOUBEAU, t. 1, p. 46, ajoutent, avec M. Carré, qu'une autorisation spéciale peut seule lui conférer ce pouvoir.

M. DE VATISMENIL, p. 597, n° 102, sans combattre l'arrêt de cassation précité, conteste la possibilité de l'autorisation dont il parle. L'absent seul serait en droit de la conférer, puisque seul il a la libre disposition de ses droits: mais dès lors il cesse d'être absent; car l'envoi de l'autorisation équivaut à un envoi de nouvelles, et change le curateur en mandataire, d'où M. de Vatismenil

conclut que ce n'est jamais en qualité de curateur que celui-ci est admis à compromettre. Il est cependant un cas où, suivant nous, le fait de l'absence peut très bien se concilier avec l'existence d'une autorisation ; c'est celui où deux parties sont tombées d'accord de soumettre une contestation éventuelle à un tribunal arbitral, convention qui devrait être exécutée, lors même que, plus tard, l'une des parties serait déclarée absente (1). Hors de cette hypothèse, il est clair qu'un absent ne peut envoyer d'autorisation sans donner de ses nouvelles, sans cesser par conséquent d'être absent; mais cette remarque qui ne porte que sur les mots ne change rien à la justesse de la précision faite par la Cour suprême. Il y a effectivement entre le curateur d'un absent et celui d'un mineur, d'un interdit, cette différence que le premier représente non pas un incapable, une personne privée de l'usage de ses droits, par un fait indépendant de sa volonté, mais un individu libre d'agir, et dont la loi n'a chargé un tiers de défendre les intérêts que parce qu'il a négligé d'y pourvoir lui-même ; c'est donc un mandataire en quelque sorte général, mais privé de la disposition des biens qu'il administre, et incapable par conséquent de compromettre sans une autorisation spéciale que la partie crue absente peut seule lui donner. Quant aux effets de la nullité du compromis souscrit par un curateur non autorisé, cette question se rattache à celle de savoir si la nullité résultant de l'incapacité d'un compromettant est absolue ou relative. Nous l'examinerons sous le numéro suivant.]]

3258. *Si, d'après la solution donnée sur la précédente question, les parties capables de compromettre peuvent opposer la nullité d'un compromis et de ses suites au curateur d'un absent, s'ensuit-il que l'on doive décider de la même manière, relativement à tout autre incapable?*

Deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 1er mai 1811 (*J. Av.*, t. 7, p. 67; S. 11.1.244), l'autre du 26 août 1812 (*J. Av.*, t. 7, p. 76), ont décidé négativement cette question dans l'intérêt de mineurs.

Par le premier, il a été décidé que l'art. 1125, Cod. civ., était applicable à un compromis passé entre un majeur et un mineur, ou le tuteur de celui-ci, sans autorisation; en sorte que le majeur ne pouvait opposer au mineur la nullité du compromis à raison de l'incapacité de celui-ci pour compromettre ; qu'enfin, le mineur seul serait fondé, à sa majorité, à se plaindre du compromis, s'il se croyait lésé par le jugement arbitral.

Par le second arrêt, la Cour souveraine a consacré le même principe dans une espèce analogue, en déclarant que la nullité des compromis passés avec des mineurs n'a été établie que dans l'intérêt de ces derniers.

Ces décisions s'appliquent évidemment à la femme mariée et à l'interdit, parce que leur incapacité n'est que relative; mais on ne pourrait les étendre aux cas où l'incapacité serait absolue et d'ordre public, comme celle d'une

---

(1) [En serait-il de même si l'une des parties se trouvait, à l'époque de la contestation, frappée d'une incapacité qui, aux termes de l'art. 1003, rend impossible le compromis? Sur cette question, qui n'a pas été discutée par les auteurs la négative nous paraît devoir être admise. L'art. 1013 dispose que le compromis prend fin par le décès de l'une des parties, lorsqu'elle laisse des héritiers *mineurs :* Il nous paraît résulter de ce texte une puissante analogie en faveur de notre décision ; car si la présence d'un mineur suffit pour anéantir le compromis qui a reçu un commencement d'exécution, à plus forte raison doit-il en être ainsi, lorsqu'il s'agit d'une simple clause compromissoire soumise à des éventualités nombreuses, et que la partie elle-même qui l'a souscrite se trouve atteinte d'une incapacité légale. *Voy.* aussi l'arrêt de rejet cité sur la *Quest.* 3311 *quinquies.*]

commune, d'un établissement public, pour lesquels le maire ou les administrateurs auraient compromis sans autorisation. C'est ce qui résulte de plusieurs arrêts de la Cour de cassation, cités par les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 342 : et en effet, ce n'est pas seulement pour leur intérêt que les communes et les établissements publics doivent être autorisés, mais encore pour qu'ils n'inquiètent pas sans raison les particuliers.

On peut demander ici : comment concilier les deux arrêts que nous venons de rapporter avec celui sur lequel nous avons motivé la solution de la question précédente? Nous répondons que ces différentes décisions se concilient facilement, parce qu'il y a une grande différence entre le cas d'un absent qui pourrait compromettre lui-même et pour lequel un notaire souscrit le compromis, et la personne qui agit directement et par elle-même. Dans le premier cas, le notaire est assimilé à un mandataire, qui ne peut compromettre pour le mandant qu'autant qu'il en a pouvoir spécial (1). (*Voy.* Cod. civ., art. 1988, et PIGEAU, t. 1, p. 19.)

[[Des difficultés graves peuvent s'élever à l'occasion d'incapables d'ordres bien différents, *les mineurs, les femmes, les interdits, les communes, les départements, l'État, les condamnés, les curateurs, les séquestres, les morts civilement, les mandataires.* Pour développer cette thèse et l'approfondir, il serait nécessaire de discuter les diverses interprétations de l'art. 1125, Cod. civ., d'examiner les théories si controversées des nullités de droit civil, *relatives* ou *absolues.*

Dans le cours de nos travaux sur le Code de procédure, nous avons évité de traiter *per transennam* des matières se rattachant aux principes de droit civil. Nous laissons donc aux savants auteurs qui écrivent sur cette partie de notre législation, aux Troplong, aux Duvergier, aux Delpech, à doter la science de principes régulateurs, sur des questions si difficiles à résoudre d'une manière satisfaisante.

Voici seulement le résumé de quelques uns des systèmes que nous révèlent la doctrine et la jurisprudence.

En ce qui concerne l'incapacité ordinaire, il est aujourd'hui généralement admis que la nullité résultant de ce que l'un des compromettants se trouvait en état de minorité est une nullité relative, qui ne peut être opposée que par le mineur lui-même et dont les autres parties majeures n'ont pas le droit de se prévaloir. Aux deux arrêts de cassation cités par M. Carré, on peut ajouter d'autres arrêts de Paris, 6 juill. 1826 (*J. P.* 3e édit., t. 20, p. 658); Nîmes, 17 nov. 1828 (*J. P.*, 3e éd., t. 22, p. 352); Riom, 26 nov. 1828 (*J. Av.*, t. 41, p. 574); Toulouse, 5 mars 1829; Bordeaux, 22 mai 1832 (DEVILL., 1832.2.537). La Cour de Paris (arrêt précité) a tiré de ce principe la conséquence parfaitement logique que le compromis passé entre deux majeurs ne peut être annulé, sous le prétexte que les intérêts d'un mineur s'y trouveraient compris, tant que celui-ci n'élève aucune plainte.

Ces diverses décisions sont fondées sur l'art. 1125, Cod. civ., d'après lequel les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée avec qui elles ont contracté.

D'où il suit que ce n'est pas seulement la nullité résultant de l'incapacité du mineur qui est relative, et que, dans tous les cas où un interdit, une femme

---

(1) L'opinion que nous émettons ici est d'ailleurs fondée sur la disposition de l'art. 1125, Cod. civ., qui n'est relative qu'au mineur, à l'interdit et à la femme mariée, et non à l'absent; d'où suit qu'à son égard l'on doit décider autrement que relativement aux autres. Cass., 5 oct. 1808 (*J. Av.*, t. 7, p. 57; *S.*, 9.1.71).

non autorisée ont passé un compromis, s'ils n'élèvent aucune plainte, l'annulation ne peut en être prononcée.

Mais en dehors de ces trois classes d'incapables, l'appréciation de la nullité devient fort difficile et donne lieu à une controverse qui est loin, comme nous l'avons dit, d'avoir complètement éclairci la question.

Deux systèmes se sont formulés :

La distinction au moyen de laquelle M. Carré a prétendu justifier l'arrêt de cassation qui déclarait radicalement nul le compromis fait par le curateur d'un absent, a été plus nettement reprise et développée par M. Dalloz, t. 1, p.609, not. 2. D'après cet auteur, ce qui rend l'incapacité du mineur en quelque sorte relative, c'est qu'il a contracté un engagement personnel et que de cette convention il résulte une obligation, sinon civile, du moins naturelle, à l'égard des autres contractants. Mais l'incapacité du curateur est d'une nature différente. L'absent, qui n'a pas agi lui-même, n'est tenu ni naturellement ni civilement; le compromis est donc radicalement nul; dès lors, aucune des parties ne reste obligée.

Cette explication, admise par M. Goubeau, t. 1, p. 66, ne nous paraît pas devoir être adoptée. En supposant qu'en effet il existât une obligation naturelle entre le mineur et celui qui a traité avec lui, cette obligation ne pourrait produire un lien civil et, dans tous les cas, l'obligation étant mutuelle, le lien serait réciproque. Or, l'art. 1226 déclare la convention parfaitement valable à l'égard du majeur, susceptible par conséquent de produire tous ses effets civils, nulle au contraire et sans efficacité par rapport à l'incapable. Celui-ci, en un mot, est libre, suivant que l'acte qu'il a souscrit améliore ou non sa position, de l'anéantir ou de le conserver : il peut tout, et l'autre rien. Il n'y a point trace dans tout cela d'une obligation naturelle.

Reste l'observation de M. Carré, fondée sur ce que l'absent ne s'est pas engagé lui-même, que dès lors il n'existe pas de lien à son égard, par conséquent point de contrat. Il suit de là qu'il faudrait distinguer entre la nullité provenant de ce qu'un incapable s'est engagé lui-même, et la nullité provenant de ce qu'il s'est engagé pour un tiers. La femme, le mineur, l'interdit, le mort civilement, etc., rentreraient donc dans la première classe; les mandataires, tuteurs, curateurs, etc., dans la seconde. Pour les compromis souscrits par les premiers, nullité relative; pour ceux qu'auraient faits les seconds, nullité absolue.

Ce système semble adopté par un arrêt de Toulouse du 29 avril 1820 (*J. Av.*, t. 7, p. 87; Devill., *Collect. nouv.*, 6.2.252), invalidant, de la manière la plus radicale, le compromis passé par un mandataire non autorisé *ad hoc* par son mandant, qui, du reste, l'avait implicitement approuvé en comparaissant dans l'instance arbitrale.

Mais ne peut-on pas objecter que, si le lien n'existe point vis-à-vis de celui qui n'a pas souscrit d'engagement, l'incapable non plus n'est pas lié, et pourtant le compromis qu'il n'attaque point produit tous ses effets entre les parties? Pourquoi n'en serait-il pas de même si celui pour qui agit un tiers ratifie ou se tait?

Ajoutons que la jurisprudence ne paraît pas consacrer cette distinction.

Ainsi, les Cours de Turin, 19 vent. an XI et de Poitiers, 22 juill. 1819 (*J. Av.*, t. 7, p. 82; Devill., *Collect. nouv.*, 1.2.119, et *J. P.*, 3e édit., t. 15, p. 427), ont admis que la nullité était simplement relative dans le cas où le tuteur aurait soumis au jugement d'arbitres une contestation intéressant son pupille. La Cour de Toulouse, 8 mai 1820 (*J. Av.*, t. 7, p. 90; Devill., *Collect. nouv.*, 6.2.257), a décidé de la même manière, dans l'espèce d'un mari traitant pour sa femme sans avoir reçu d'elle un pouvoir spécial.

Distinguera-t-on entre le mandataire d'un incapable et celui d'une personne

qui jouit de tous ses droits? Mais puisque son incapacité est fondée sur un défaut de pouvoir n'est-elle point la même dans tous les cas?

Le second système, en germe dans l'arrêt de Cassation du 5 oct. 1808 (DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.1.582), et développé par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 196; DE VATIMESNIL, nos 124 et 125, DEVILLENEUVE et MASSÉ, v° *Compromis,* nos 14 et 15, présente une grande simplicité. En principe, disent ces auteurs, tout contrat synallagmatique qui n'est pas obligatoire pour une partie ne l'est pas davantage pour l'autre. A la vérité, l'art. 1125 déroge à cette règle en faveur de la femme mariée, du mineur et de l'interdit; mais toute dérogation est restrictive : donc à l'égard de tout autre incapable, la nullit sera absolue, et ainsi se justifie la doctrine de l'arrêt de 1808, relativement au curateur de l'absent.

A ce raisonnement on oppose plusieurs réponses :

1° L'art. 1125, Cod. civ., est-il une exception? A-t-il voulu énumérer certains incapables pour leur attribuer un droit et exclure certains autres? C'est ce que semblent repousser le texte et l'esprit de cette disposition, qui embrasse toutes les personnes dont l'engagement peut être attaqué pour cause d'incapacité.

2° Les auteurs paraissent l'avoir entendu ainsi : si la nullité est fondée sur l'intérêt privé, dit M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 714, *l'incapable* lésé peut seul la demander.

3° La jurisprudence n'est pas moins explicite; si, en dehors des trois classes d'incapables dont parle l'art. 1125, il n'y avait que nullité absolue, le compromis passé par une commune, un établissement public non autorisé, ne vaudrait à l'égard d'aucune des parties. Or, la jurisprudence récente de la Cour de cassation et M. de Vatimesnil lui-même reconnaissent que la disposition de l'article 1125 est applicable dans ce cas : tout mandataire serait exclu de son bénéfice, aussi bien que le curateur de l'absent. On cite plusieurs arrêts qui ont implicitement repoussé une telle conséquence.

Peut-être cependant la distinction que nous examinons ici est-elle incomplète plutôt qu'inexacte. Le principe sur lequel elle repose, le caractère exceptionnel et restrictif des nullités relatives, plus largement appliqué, conduiraient peut-être à la véritable solution.

Ainsi, en considérant la nature des incapacités à raison desquelles a lieu la nullité d'un compromis, on s'aperçoit que, si plusieurs d'entre elles sont établies dans un but de protection et de faveur pour l'une des parties, il en est d'autres qui se fondent sur des motifs différents : une impossibilité de fait, une entrave à la libre disposition des biens nécessitée par une position particulière, ou prononcée, à titre de peine, par la loi.]]

3259. *Si la partie qui aurait compromis avec un mineur, un interdit ou une femme mariée, ne peut opposer la nullité, s'ensuit-il qu'elle ne puisse, tant que la sentence arbitrale n'est point intervenue, demander que le compromis soit ratifié d'une manière légale ou qu'il reste sans effet?*

Nous ne le pensons pas; car il est toujours permis de régulariser une procédure, tant que les choses sont entières. C'est aussi l'opinion des auteurs du *Praticien, ubi suprà*, p. 343.

[[Cette décision est approuvée sans commentaire, par MM. de VATIMESNIL, p. 604, n° 126, DEVILLENEUVE et MASSÉ, v° *Compromis*, n° 16.

Il faut remarquer que le compromis forme un contrat dont il n'est permis de se dégager qu'avec l'autorisation de la loi. La partie capable qui l'a souscrit, qui n'a pu méconnaître la portée de son obligation, n'a donc pas le droit, réservé au mineur, à l'interdit, d'en invoquer, d'en faire provoquer la nullité.

Mais, d'autre part, il semble injuste, à une époque où le compromis n'a produit encore aucun effet, d'astreindre cette partie à une procédure, à un jugement qui ne seraient obligatoires que pour elle. Lors donc qu'elle se trouve vis-à-vis d'une femme mariée sans autorisation, d'un mandataire sans pouvoir, nul doute, suivant nous, qu'il ne lui soit permis d'exiger que cette autorisation, ce pouvoir soient donnés par ceux qui ont qualité pour le faire. Ce n'est point là se soustraire au compromis, c'est, au contraire, en assurer les effets. Ainsi, sur ce point, la décision de M. Carré nous paraît incontestable.

La difficulté semble plus sérieuse, lorsque le majeur qui a compromis se trouve vis-à-vis d'un mineur, d'un interdit, qui ne peuvent, et pour qui personne ne peut donner une ratification. Mais, alors, la partie capable, qui a lieu de craindre pour la sûreté d'une obligation témérairement contractée, n'a d'autre résistance à opposer que celle de l'inertie. Il est clair que le mineur, l'interdit n'ont point d'action en justice pour faire constituer le tribunal arbitral, pour suivre devant lui la procédure et assister au jugement. Le compromis se trouve donc par le fait privé d'efficacité, et c'est en ce sens qu'il convient encore sur ce point d'adopter la solution de M. Carré.]]

3260. ***Est-il des personnes qui ne peuvent être choisies pour arbitres, parce qu'elles seraient formellement exclues par la loi?***

On ne saurait trouver, dans nos lois actuelles, aucune disposition spéciale qui ait exigé, pour remplir les fonctions d'arbitres, certaines qualités d'après lesquelles on puisse décider avec certitude qu'il y ait des personnes qui soient exclues de ces fonctions. Mais nous trouvons, dans la table de Bergognié, au mot *Arbitre*, t. 1, p. 44, et *J. Av.*, t. 4, p. 506, un arrêt de la Cour de cass. du 7 floréal an V, qui a décidé qu'on ne pouvait choisir des arbitres que parmi les personnes qui ont la qualité de citoyen français, attendu que, d'après les art. 10 et 11 du tit. 2 de la constitution de l'an III, les citoyens français peuvent seuls être appelés aux fonctions établies par la constitution : quoique les actes constitutionnels existants à l'époque où M. Bergognié a publié son *Recueil* ne répétassent pas expressément cette disposition, elle s'y trouve implicitement, disait-il, et conséquemment la décision du tribunal de cassation devrait encore être suivie.

Nous pensons, avec M. Boucher, p. 115 et suiv., n°s 204 et 205, que l'arrêt ci-dessus rapporté ne peut être considéré comme ayant fixé un point de jurisprudence. Le motif qui lui sert de base nous paraît erroné, en ce que l'on argumente du principe que la loi constitutionnelle n'eût appelé à exercer les fonctions qu'elle *établit* que ceux qui jouissent des droits politiques. Les lois qui se sont succédé, sous le titre de constitutions, n'établissaient point les fonctions d'arbitres; elles ne faisaient que consacrer et garantir le droit naturel, dont tout homme doit jouir, de soumettre son différend à des personnes de son choix, et régulariser l'exercice de ce droit dans ses rapports avec l'ordre de l'administration de la justice. La Charte ne s'explique en aucune manière à cet égard.

Mais il y a plus de difficultés sur la question de savoir s'il faut du moins jouir ou avoir l'exercice des droits civils pour être apte à exercer la fonction d'arbitre.

Nous ne trouvons rien, soit dans l'ancienne jurisprudence, soit dans la nouvelle, soit dans les auteurs, qui puisse autoriser à résoudre cette question pour l'affirmative, et d'une manière générale.

Une seule chose nous paraît certaine, c'est que les infâmes, tels que les condamnés à des peines afflictives ou infamantes, sont exclus du droit de concourir à un arbitrage (voy. *Nouv. Répert.*, au mot *Arbitrage*, t. 1, p. 292; Jousse, *Traité de l'administration de la justice civile*, p. 692; Boucher, p. 58,

n° 102); et si l'on avait besoin d'une autorité plus imposante encore que celle des auteurs que nous venons de citer, nous croirions la trouver dans la disposition de l'art. 28 du Code pénal, qui interdit à ces condamnés même la faculté d'être experts; à plus forte raison doit-on leur refuser le droit de rendre une sentence qui doit être revêtue du sceau de la justice, au moyen de l'ordonnance d'*exequatur* que la loi exige.

Nous trouvons dans les ouvrages précités, d'un côté, des autorités d'après lesquelles les juges, les femmes, les filles, les étrangers, les mineurs, les sourds-muets, les faillis, les débiteurs détenus pour dettes, les serviteurs à gages, seraient exclus de l'arbitrage, sans aucune distinction ; d'un autre côté, d'autres autorités qui admettent les juges, les femmes d'un rang élevé, les mineurs émancipés, lorsqu'ils ont les connaissances nécessaires pour terminer judicieusement un différend : les faillis, lorsqu'ils n'ont pas été condamnés comme banqueroutiers frauduleux, les sourds-muets, lorsqu'ils savent écrire, les débiteurs détenus pour dettes, et même les serviteurs à gages.

Ce serait nous livrer à un travail aussi long que fastidieux, que de rapporter en détail et de balancer ces diverses autorités. Cela présenterait d'ailleurs peu d'utilité ; car il est bien rare que l'on songe à choisir pour arbitres la plupart des personnes que nous venons de désigner.

Nous n'insisterons donc que sur le point de savoir si les juges, les mineurs et les faillis peuvent être appelés à exercer les fonctions d'arbitres.

Autrefois l'opinion la plus commune était en faveur du juge, même en Bretagne, où l'art. 17 de la Coutume semblait s'y opposer (*voy.* DUPARC-POULLAIN, t. 8, p. 438); et aujourd'hui l'on ne saurait élever aucun doute à ce sujet, puisque les décrets des 20 prair. et 15 mess. an XIII, concernant l'administration de la justice dans les ci-devant Etats de Parme et de Plaisance, et dans les départements alors réunis de Gênes et de Montenotte, portent que les juges ne pourront demander aucun salaire ni présent, lorsqu'ils *seront choisis pour arbitres:* ce qui suppose clairement, dit M. MERLIN (voy. *Nouv. Répert.*, *ubi suprà*, p. 293), que les juges peuvent aujourd'hui accepter des arbitrages (1).

---

(1) Quoi qu'il en soit, M. PIGEAU, t. 1, p. 20, se fondant sur la loi 9, ff. *de receptis*, § 2, maintient que « *les juges naturels* « de la contestation ne peuvent être arbi- « tres, parce qu'il est des cas où l'on peut « se pourvoir contre un jugement arbitral, « ou devant le tribunal qui a rendu l'or- « donnance d'exécution, ou devant celui « d'appel. Or, ajoute M. Pigeau, les juges « qui composent ces tribunaux étant revê- « tus d'une fonction publique, à laquelle « ressortit la fonction privée qu'ils accep- « tent, ils le font mal à propos, puisqu'ils « ne peuvent juger eux-mêmes leurs propres « décisions. » D'autres tirent argument des ordonnances de 1535 et 1539.

Mais, pour écarter toutes ces autorités, il suffit de remarquer :

1° Relativement à la loi *de Receptis*, que cette loi ne peut avoir aucune influence sur la question, puisque notre législation actuelle, sur la compétence des tribunaux, ne contient aucune disposition prohibitive; que, d'un autre côté, l'art 1041 du Code de procéd. abroge toutes les lois, coutumes, usages et règlements relatifs à la procédure civile; ce qui emporte très explicitement l'abrogation, et de la loi dont il s'agit, et des ordonnances de 1535 et 1539;

2° Relativement à ces ordonnances, que la première était faite pour la Provence, la seconde pour le Dauphiné; que l'une et l'autre ne contenaient défenses que pour les présidents et conseillers de ces provinces; que la seconde n'était pas même suivie au parlement du Dauphiné, en vertu d'un règlement de ce parlement de 1560; que, dans les autres ressorts du royaume, il n'y avait aucune uniformité sur ce point; au parlement de Toulouse, par exemple, les conseillers pouvaient être arbitres avec permission de la Cour, etc En Bretagne, comme nous venons de le dire, malgré la disposition de l'art. 17 de la Coutume, qui semblait s'y opposer, on ne faisait aucune difficulté pour reconnaître la validité d'un compromis qui instituait un juge. (Voy. *Tr. de l'administ. de la justice* par JOUSSE, t. 2, p. 966, et DUPARC, *Princ. du droit*, t. 8, p. 438.)

Cette variation de jurisprudence et d'u-

Quant au mineur, presque tous les auteurs s'accordent à dire qu'il ne peut être arbitre : *absurdum est ut alios regat qui se ipsum gerere nequit.* Comment des mineurs qui ne peuvent compromettre pourraient-ils juger? Néanmoins, on admettait assez généralement que si un mineur d'une capacité reconnue avait été choisi pour arbitre, sa sentence ne serait pas nulle. (*Voy.* JOUSSE, *ubi suprà.*) Un mineur peut être licencié à dix-neuf ans, docteur à vingt : de tels arbitres ne seront-ils pas préférables à la plupart de ceux qu'on pourrait choisir parmi les majeurs d'un autre état ou profession? (V. *N. Répert.*, p. 592.)

Quant au failli, comme l'état de simple faillite n'imprime aucune tache d'infamie, ne prive la personne ni de la jouissance ni de l'exercice de ses droits civils, et ne la soumet qu'à certaines incapacités mentionnées aux art. 442 et 614 du Code de commerce, nous pensons, par le motif qu'on ne peut suppléer des incapacités, que le failli peut être arbitre. Telle est l'opinion de M. BOUCHER, p. 128, n° 221, et elle nous paraît avoir été consacrée implicitement par un arrêt de la Cour de Rennes du 25 juin 1810, qui a décidé, attendu le silence des lois à cet égard, que l'on ne pouvait récuser un tiers arbitre nommé d'office, sur le motif qu'il ne s'était pas réhabilité de l'état de faillite. (*J. Av.*, t. 4, p. 566.)

A l'égard des autres personnes précédemment indiquées, nous croyons que

---

sage suffirait pour démontrer l'impossibilité de généraliser, pour tout le royaume, une prohibition qui ne résultait d'aucun texte précis d'une loi générale française, si le silence de notre législation, joint à l'abrogation prononcée par l'art. 1041, ne tranchait pas entièrement la difficulté;

3° Relativement à l'opinion de M. Pigeau, il importe de remarquer qu'un auteur justement estimé, M. Berriat Saint-Prix, dont M. Demiau-Crouzilhac a soutenu la doctrine dans sa thèse du concours pour la chaire vacante par le décès de M. Pigeau, le combat fortement dans son *Cours de procéd.*, p. 42, not. 18, 3e alinéa.

On peut ajouter à ces nombreuses autorités le sentiment de M. MERLIN, au *Nouv. Répert.*, v° *Arbitrage*, p. 393, 3e édit.; celui de M. BOUCHER, dans son *Manuel des arbitrages*, p. 75 à 77; enfin, un arrêt de la Cour de Trèves, du 24 juin 1812. (*J. Av.*, t. 4, p. 584.)

S'il est maintenant démontré que la qualité de juge n'emporte pas par elle-même une incapacité d'être arbitre, nous ne voyons aucune raison pour décider autrement dans le cas où le magistrat nommé arbitre eût, en sa qualité de juge, commencé à connaître du différend. Loin de là, comme l'ont dit Jousse et l'auteur de l'*Ancien Répert.*, *c'est à raison de la faveur due aux accommodements qu'il fut permis, dans le ressort de Paris, à tout officier quelconque, d'être arbitre du procès dont il était le juge.* Or, il est de l'intérêt des parties d'avoir pour arbitre un homme qui a déjà pris, dans l'impartialité du magistrat, connaissance du différend.

Il est vrai qu'un arrêt de la Cour de cassation du 30 août 1813 (*J. Av.*, t. 4, p. 596; *S.*, 15.1.207) a décidé que les parties ne pouvaient attribuer aux tribunaux institués par la loi la faculté de prononcer comme *amiables compositeurs;* que, d'après l'art. 1019, elles le peuvent à l'égard des arbitres; mais cette décision, fondée sur ce qu'un tribunal créé par la loi, pour appliquer ses dispositions, ne peut, sans contravention aux principes du droit public, prononcer tout à la fois comme délégué du prince et comme mandataire des parties, ne saurait fournir un argument contre l'opinion que nous soutenons ici, et qui nous semble d'autant plus certaine, que la législation actuelle accorde à l'arbitrage plus de faveur que l'ancienne.

Aussi voit-on tous les jours les juges de paix choisis pour arbitres, soit des différends qui sont portés en conciliation devant eux (Colmar, 21 déc. 1813; *J. Av.*, t. 4, p. 603; *S.*, 14.2.290), soit même de ceux dont ils sont saisis *comme juges;* et ce choix d'un magistrat, dans ce dernier cas, n'est point contraire à l'arrêt de la Cour de cassation que nous venons de citer, parce qu'il est passé un compromis qui dessaisit le juge de paix comme juge de la loi, en sorte que ce n'est plus le délégué du prince, mais l'homme privé qui est institué arbitre, tandis que, dans l'espèce de l'arrêt, c'eût été le magistrat, comme tel, qui eût en même temps prononcé comme arbitre, et sa décison eût été exécutoire comme jugement; au contraire, dans le cas que nous posons, la décision du juge de paix doit être revêtue de l'ordonnance d'exécution.

l'on doit se guider par un principe que nous trouvons énoncé partout, c'est que toute personne peut être arbitre, dit Domat, liv. i, tit. 14, sect. 2, n° 7, à l'exception de celles qui se trouvent dans quelque incapacité ou infirmité qui ne leur permettrait pas cette fonction.

D'après ce principe, nous exclurions les femmes, les furieux, les sourds-muets, tous ceux enfin qui auraient non pas une incapacité relative dépendant de l'âge, de l'exercice des droits politiques ou de certaines conditions d'études, mais une incapacité absolue d'exercer les fonctions judiciaires. Mais pourrait-on choisir pour arbitre un individu qui ne saurait pas signer? (*Voy.* nos *Quest.* sur l'art. 1016.)

[[Il serait aussi long que fastidieux de suivre tous les auteurs qui ont écrit sur l'arbitrage dans les longs détails où ils sont entrés, à propos d'hypothèses qui se présenteront très rarement ou peut-être jamais; il suffit d'indiquer ici, avec l'opinion particulière de chacun, les principes généraux qui doivent, selon nous, résoudre les difficultés élevées sur ce point.

Le mineur est admis comme arbitre par MM. Favard de Langlade, t. 1, p. 197; Boitard, t. 3, p. 433; de Vatimesnil, p. 612, n° 156; Bellot des Minières, t. 1, p. 211; Souquet, *Dict. des temps légaux*, v° *Arbitrage*, 30ᵉ tabl., 5ᵉ col., n° 113, et par M. Thomine Desmazures, dans le cas seulement où il aurait atteint sa dix-huitième année : repoussé d'une manière absolue par MM. Pardessus, n° 1389; Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 718; Mongalvy, p. 25, n° 22; Goubeau, t. 1, p. 82; Devilleneuve et Massé, v° *Arbitrage*, n° 9.

L'étranger est rejeté, dans tous les cas, par MM. Thomine Desmazures, t. 2, p. 646; Bellot, t. 1, p. 219; admis, en arbitrage volontaire seulement, par MM. Goubeau, t. 1, p. 88 et 91, et Souquet, *Dict. des temps légaux*, v° *Arbitrage*, 3ᵉ tabl., § 6; en toute matière par MM. Boitard, t. 3, p. 432, et de Vatimesnil, p. 611, n° 163. M. Goubeau, p. 88 et 90 admet les faillis et les domestiques, que repousse M. Bellot, t. 1, p. 217 et suiv.; il n'admet pas les infâmes, contrairement à l'opinion de MM. Favard de Langlade, t. 1, p. 197, et Boitard, t. 3, p. 433, qui font remarquer, contrairement à l'analogie présentée sur ce point par M. Carré, qu'il n'y a nul rapport entre l'expert et l'arbitre.

Relativement aux femmes, MM. Goubeau, t. 1, p. 83; de Vatimesnil, p. 613, n° 158; Devilleneuve et Massé, v° *Arbitrage*, n° 9, les déclarent incapables : tel n'est pas le sentiment de MM. Dupin, *Réquisit.* du 15 mai 1838 (*J. P.*, t. 1, p. 592), et Souquet, *Dict. des temps légaux*, v° *Arbitrage*, 31ᵉ tabl., 1ʳᵉ col., § 2; M. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 718, paraît hésiter entre les deux autres.

Les ecclésiastiques sont universellement regardés comme capables d'exercer les fonctions d'arbitres (et nous ne comprenons vraiment pas qu'il ait pu s'élever un doute sur ce point), ainsi que les juges et les parents, même les plus proches, des parties.

Les morts civilement, les interdits, les personnes qui ne savent pas signer ne sont pas moins unanimement repoussés. Ces derniers le sont d'ailleurs implicitement par l'impossibilité de remplir la prescription de l'art. 1016.

Des raisons de convenance, des règles d'analogie, des principes légaux rarement poussés jusqu'à leurs dernières conséquences, tels sont en général les éléments des décisions que nous venons de mentionner. Notre honorable ami M. Rodière, t. 1, p. 11, s'est montré dans son système beaucoup plus rigoureusement logique : il est parti de ce point, que l'arbitrage, conférant une sorte de magistrature et des droits d'exécution assez étendus, ne peut être exercé que par des personnes jouissant de la plénitude de leurs droits civils et politiques. Il a en conséquence exclu les étrangers, les mineurs même émancipés, les femmes, les faillis, etc., en un mot, tous les incapables, à quelque titre que ce soit.

Quant à nous, les principes de ce dernier auteur nous paraissent incontes-

tables en matière d'arbitrage forcé qui implique, non-seulement une juridiction établie par la loi (l'arbitrage volontaire l'est aussi), mais encore une nature particulière d'attributions, et, par conséquent, un caractère vraiment judiciaire. Qu'ainsi, l'étranger, la femme, le mineur, etc., soient incapables de remplir des fonctions de magistrats, c'est ce qui ne nous paraît pas susceptible de controverse.

Mais en est-il de même en matière d'arbitrage volontaire ? Ici tout change : lorsque deux parties conviennent de soumettre un débat quelconque à l'appréciation de simples particuliers, il semble, dans le silence de la loi, que, pour que ceux-ci ne puissent terminer leur différend, cette clause du compromis doive être contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

Ainsi, on peut dire que la clause est *illicite* lorsqu'elle investit des fonctions d'arbitre l'infâme et le mort civilement, flétris de toutes les rigueurs judiciaires; on peut dire encore qu'elle est *illégale*, lorsqu'elle nomme, ou des individus qui ne savent ni écrire ni signer, car il y a dans ce fait contravention à la disposition de l'art. 1016; ou un tribunal tout entier, à qui les lois de sa compétence défendent de s'écarter des principes inflexibles du droit.

Hors de ces cas, nous ne concevons pas d'incapacité ni de position qui l'emporte sur un consentement mutuel. Pour parler d'abord des convenances, pourquoi ne pourrait-on choisir, demanderons-nous, le parent, même en ligne directe, de l'une des parties? On objecte que les délicatesses sociales s'opposent à ce qu'un homme soit placé entre son devoir et son intérêt. D'abord nous répondrons que ce sont là, en droit, des motifs bien légers pour faire prononcer une incapacité, et que souvent, pendant la vie, l'homme, dans les diverses fonctions qu'il occupe, est placé entre ses devoirs, son intérêt, et surtout ses passions, sans que les convenances sociales en paraissent blessées. Mais d'ailleurs, de tels arbitres ne peuvent jamais être nommés que du consentement de toutes les parties; et, nous le répéterons encore, quel danger peut-il donc y avoir pour l'ordre public, que des parties fassent terminer leurs contestations par quelque personne que ce soit, quand elles pourraient le faire elles-mêmes, soit devant notaires, soit sous seing privé, soit même verbalement?

Un mot encore en ce qui touche les incapacités : on a dit que la femme, le mineur, etc. ne pouvaient être arbitres; on s'est fondé sur des raisons *d'ordre public*; et qu'importe à l'ordre public qu'une femme ou un homme, un majeur ou un mineur, un interdit ou un citoyen jouissant de tous ses droits, termine un différend qui lui est soumis par des individus libres de disposer de leurs biens? Au contraire, un procès est terminé, la bonne intelligence est rétablie, l'ordre public y gagne! Si deux femmes étaient en procès, pourquoi leur défendre de se faire concilier par une personne qui, seule, pourrait connaître le cœur de celles qu'un rien peut-être diviserait, et qu'un mot ramènerait à la raison? Pourquoi, enfin, tout à la fois élever une incapacité nouvelle, et restreindre les droits des plaideurs, qui sont libres de confier leurs intérêts privés à la personne qui leur inspire le plus de confiance ?

Quant à la jurisprudence, elle a eu rarement, comme on le conçoit, à se prononcer à ce sujet. Un arrêt de Paris, 4 mars 1828 (*Courr. des Trib.*, n° 323) a jugé qu'un étranger ne peut être nommé arbitre *en matière d'arbitrage forcé*, et cette décision rentre tout à fait dans la distinction que nous avons admise.]]

3261. *L'annulation du compromis entraîne-t-elle nullité de tous les actes faits en conséquence, notamment de la décision arbitrale ?*

Oui, sans néanmoins rien préjuger sur le fond qui en était l'objet. (Cassat., 4 fév. 1807, *J. Av.*, t. 7, p. 43; S., 11.1.244.)

[[C'est l'avis de tous les auteurs et le nôtre, fondé sur l'art. 1028, § 2.]]

ART. 1004. On ne peut compromettre sur les dons et legs d'aliments, logement et vêtements; sur les séparations d'entre mari et femme, divorces, questions d'Etat, ni sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public.

Loi du 16 août 1790, tit. 1, art. 2. — Cod. proc. civ., art. 83, 581 et suiv., 1010. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Arbitrage*, n°s 26 à 42. — Arm. Dalloz, v° *Arbitrage*, n°s 221 à 255. — Devilleneuve, v° *Compromis*, n°s 21 à 31. — Carré, *Compétence*, t. 5, p. 326, 378 et suiv. — Locré, t. 23, p. 389, n° 3, p. 425, n° 7, et p. 436, n° 4.

QUESTIONS TRAITÉES : Peut-on compromettre sur une demande en séparation de biens? *Q.* 3262. — Peut-on compromettre sur les aliments qui ne résultent pas de dons ou legs? *Q.* 3263. — La prohibition de l'art. 1004, relative aux aliments, s'étend-elle, aux arrérages échus? *Q.* 3264. — Une femme mariée peut-elle, avec l'autorisation de son mari, compromettre sur ses biens dotaux? *Quid* si le contrat de mariage permet d'aliéner la dot? *Quid* si la contestation, à raison de laquelle est intervenu le compromis porte sur le partage d'une succession qui comprend des biens dotaux? *Q.* 3264 *bis*. — Peut-on compromettre sur des droits tellement certains qu'ils ne puissent fournir matière à aucune contestation sérieuse? *Q.* 3265. — Peut-on compromettre sur les difficultés relatives à l'exécution d'un acte administratif, lorsqu'elles ne concernent que l'intérêt personnel des individus qui compromettent? *Q.* 3266. — Peut-on compromettre sur des intérêts pécuniaires nés à l'occasion d'une question d'état? *Q.* 3267. — La nullité résultant de ce qu'il a été compromis sur les objets énumérés dans l'art. 1004 est-elle absolue ou relative? *Q.* 3267 *bis* (1).]

DXCVIII. S'il est des personnes qui ne peuvent compromettre, il est aussi des matières qui, par leur nature ou leur importance dans l'ordre moral et politique, ne pouvaient être soumises à l'arbitrage; aussi la loi les en exempte-t-elle nommément dans l'article ci-dessus.

Le motif de ces prohibitions sort encore de la nature même du compromis. Les intérêts purement privés peuvent seuls faire les matières d'un contrat : on ne peut y insérer aucune stipulation qui toucherait plus ou moins l'ordre public.

Quelque favorables que fussent les lois romaines aux arbitrages et aux compromis, elles les avaient interdits dans les causes importantes, telles que celles d'ingénuité et de liberté. Nos législateurs ont pensé qu'on devait également les interdire dans celles où il s'agit, non-seulement de l'état des citoyens, mais encore d'une séparation de corps (2), enfin de don ou legs d'aliments (3).

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° On peut compromettre sur des demandes qui requièrent célérité; en conséquence, lorsque les parties ont soumis à des arbitres toutes les contestations qui les divisent relativement à un immeuble, les tribunaux ne peuvent s'attribuer la connaissance d'une demande en rentrée de possession, sous le prétexte qu'une telle demande est urgente et excède la compétence des arbitres. Cass., 2 sept. 1812 (*J. Av.*, t. 7, p. 76; DEVILL., *Collect. nouv.*, 4. 1. 183);

2° La demande en dommages-intérêts formée par une partie contre une personne chargée de l'exploitation d'une mine, et pour un fait occasionné par cette exploitation, n'est pas du nombre de celles dont la loi du 21 avril 1810 ordonne la communication au ministère public, et par conséquent elle peut être soumise à des arbitres. Cass. 14 mai 1829 (*J. P.*, 3e éd., t. 22, p. 1014).]

(2) Ces exceptions ont un fondement dans les principes du droit romain : DE LIBERALI CAUSA, *compromisso facto rectè non compelletur arbiter sententiam dicere: quia favor libertatis est ut* MAJORES JUDICES *habere debeat* (Loi 32, § 7, ff. *de receptis.*)

De liberali causâ. C'est, sans contredit, à ce principe qu'il faut rapporter de telles contestations. Ne serait-ce pas en effet compromettre *de liberali causâ*, que de soumettre à des arbitres une contestation sur l'état des personnes, ou qui tendrait à faire décider si le lien du mariage peut être rompu ou relâché?

(3) On ne peut compromettre sur les dons ou legs d'aliments, dans la crainte qu'on ne s'en dépouille avec trop de facilité : *Cùm hi, quibus alimenta relicta erant, facilè transigerent, contenti modico præsenti, Marcus oratione in senatu recitatâ effecit, ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore prætore facta.* (Loi 8, *in principio*, ff. *de Transact.*)

Ces causes touchent de trop près à l'ordre public, pour que le jugement en puisse être abandonné à des arbitres, qui, quelque instruits, quelque sages qu'on les suppose, n'offrent jamais à la société la même garantie, la même indépendance que les juges institués par la loi, et investis par le chef de l'Etat de son autorité.

D'un autre côté, puisque notre organisation judiciaire admet depuis des siècles des officiers chargés, comme exerçant le *ministère public*, de prendre connaissance de certaines contestations, c'eût été une inconséquence que de permettre aux parties de soustraire à l'examen et peut-être à la censure de ces officiers, des prétentions qu'elles soumettraient à des arbitres (1). Des abus sans nombre pourraient naître d'une pareille tolérance.

Notre Code, plus prévoyant sur ce point que les lois anciennes, que celle même du 24 août 1790, prévient cet abus, et sous ce rapport, l'art. 1004 offre une grande amélioration.

3262. *Peut-on compromettre sur une demande en séparation de biens?*

Quoique ces causes ne soient pas sujettes à communication au ministère public, il n'en est pas moins certain qu'on ne peut les soumettre à des arbitres, puisque l'art. 1004 ne fait aucune distinction.

[[Sous l'empire de la loi du 24 août 1790, l'opinion contraire avait prévalu (voy. *J. Av.*, t. 7, p. 34); mais nous pensons, avec M. Carré, qu'en présence de l'art. 1004, le doute même est devenu impossible, puisque cette disposition, au nombre des causes sur lesquelles il n'est pas permis de compromettre, comprend *les séparations* entre mari et femme, sans distinguer les séparations de corps des séparations de biens. Telle est, du reste, l'opinion de MM. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 715; Berriat Saint-Prix, p. 28, note 12; Goubeau. t. 1, p. 75; Boitard, t. 3, p. 413; Rodière, t. 3, p. 9, et de Vatimesnil, p. 606, n° 132. Ce dernier auteur fait même observer que M. Carré rejette à tort ces causes du nombre de celles qui doivent être communiquées au ministère public, puisque, aux termes de l'art. 83, la communication est exigée dans tous les procès de femmes non autorisées par leurs maris, ce qui comprend évidemment les séparations de corps et de biens, qui, d'ailleurs, les unes comme les autres, ne pourraient avoir lieu par le seul fait d'une volonté commune.]]

3263. *Peut-on compromettre sur les aliments qui ne résultent pas de dons ou legs?*

Il est certain, dit M. Berriat Saint-Prix, p. 40, n° 11, que le Code de procédure ne défend point le compromis, pas plus que le Code civil ne défend la transaction sur les aliments dont il s'agit. Il est néanmoins étrange qu'on ait oublié de renouveler, sur cette matière importante, les dispositions d'une des plus belles lois du sage Marc-Aurèle. (*Voy.* loi 8, *in pr.*, ff. *de Transactionibus.*) Mais nous remarquerons que le Code de procédure n'a fait en cela que consacrer derechef les principes de l'ancienne jurisprudence française. (*Voy.* Jousse, *Traité de l'administration de la justice*, p. 693, 4°, et nos questions sur l'art. 582, t. 2, p. 410.)

[[La loi 8, ff. *de Transact.*, n'avait fait autre chose que défendre de transiger sur les aliments légués, donnés à cause de mort, ou laissés pour l'accomplissement d'une condition, et l'ancienne jurisprudence avait simplement étendu cette prohibition de la transaction au compromis. Le Code de procédure a été plus

---

(1) *Talis naturæ sunt, ut majores judices habeant.*

loin, puisqu'il défend de compromettre sur tout *don* ou legs d'aliment, sans distinguer les donations entre-vifs des donations à cause de mort; telle est aussi la remarque de M. Dalloz, t. 1, p. 626, note 2. L'observation de M. Berriat, qui paraît considérer le droit nouveau comme moins favorable que l'ancien, celle de M. Carré, qui les regarde comme semblables, manquent donc toutes deux d'exactitude.

C'est encore à tort que la Cour de Nîmes, 8 déc. 1822 (*J. Av.*, t. 7, p. 94), a paru attacher quelque importance au point de savoir si la libéralité était entre-vifs ou testamentaire, puisque l'art. 1004 ne distingue point. Du reste, comme l'a décidé le même arrêt, il importe peu que le don d'aliments ait été directement adressé à la partie, ou qu'il soit la conséquence d'une donation consentie à des tiers, puisque, dans les deux cas, la nature de la dette alimentaire est la même.

Mais lorsqu'il s'agit d'aliments constitués à titre onéreux, il faut distinguer si la partie est intervenue dans le contrat, ou si la stipulation d'aliments est, de la part des contractants, un acte de bienfaisance en sa faveur; comme si l'un des deux disait à l'autre : Je vous vends tel immeuble, à condition que vous servirez une rente viagère à un tel....

Dans ce dernier cas, c'est encore une donation qui est faite, et l'art. 1004 nous paraît recevoir son application. Dans le second, il en est autrement : la partie qui a constitué une rente à son profit, comme condition d'une vente ou de tout autre acte à titre onéreux, n'a pas entendu créer un bien inaliénable; ses créanciers peuvent le saisir; elle-même en a la libre disposition. Tel est le sentiment de MM. Favard de Langlade, t. 1, p. 196; Goubeau, t. 1, p. 70; Dalloz, t. 1, p. 626; Thomine Desmazures, t. 2, p. 651; de Vatimesnil, p. 605, n° 129.

En conformité de ces principes, la Cour de cass., 7 fév. 1826 (*J. Av.*, t. 33, p. 40; Devill., *Collect. nouv.*, 8.1.275), a décidé que la convention par laquelle le père et la mère s'obligent, dans un contrat de mariage, à nourrir gratuitement les futurs époux, n'étant pas un don d'aliment, mais bien une constitution dotale, peut être l'objet d'un compromis. *Voy.* aussi, Besançon, 18 mars 1828 (*J. P.*, 3e éd., t. 21, p. 1196), et notre *Quest.* 1987 bis, t. 4, p. 667.]]

3264. *La prohibition de l'art.* 1004, *relative aux aliments, s'étend-elle aux arrérages échus?*

Nous pensons qu'aujourd'hui, comme autrefois, la prohibition de compromettre sur les dons ou legs d'aliments ne doit en général s'appliquer qu'aux arrérages à échoir, puisqu'il n'y a aucun motif d'interdire la libre disposition d'arrérages, qui, par leur échéance, ont perdu la nature *d'aliments.* (Voy. *Prat.*, t. 5, p. 346.)

Il ne faut pas néanmoins prendre ceci à la lettre (voy. *Nouv. Répert.*, au mot *Aliments*, t. 1, p. 181); car si celui qui doit les aliments avait été mis en demeure de les payer, et que celui auquel ils sont dus prouvât qu'il eût été obligé d'emprunter pour vivre, il serait juste que les arrérages passés conservassent alors tout leur privilége.

Nous remarquerons en passant que M. Merlin, *ubi suprà*, pense que, le Code civil n'ayant pas renouvelé la défense de transiger sur les legs d'aliments, cette défense est par cela seul abrogée, d'après l'art. 7 de la loi du 13 vent. an XII. Mais ne doit-on pas décider plutôt que la prohibition de compromettre est une conséquence nécessaire de la prohibition de transiger?

[[Cette opinion de M. Merlin est aussi combattue par MM. Dalloz, t. 1, p. 616, note 2, et Bellot, t. 1, p. 256, et implicitement rejetée par l'arrêt de

Nîmes cité sous la question précédente. Mais l'argument sur lequel se fondent ces deux auteurs, et qui n'est que la reproduction de celui de M. Carré, nous paraît dénué de toute valeur; car, de cela qu'une partie ne peut compromettre sur un objet, il ne suit pas qu'elle soit incapable de transiger. L'art. 2035, Cod. civ., permet au tuteur la transaction sous certaines formes, et l'art. 1003, Cod. proc. civ., lui défend absolument le compromis. La raison de cette différence est bien simple, et M. Carré l'a donnée lui-même avec précision sur la *Quest.* 3251 : « Dans la transaction, les conditions de l'accommodement sont connues, tandis que l'on ignore les futurs résultats du compromis. » Ainsi, de ce que la loi défend en un cas de compromettre, on ne peut induire qu'elle défend également de transiger; une prohibition spéciale est nécessaire; et, en ce qui concerne la transaction sur aliments, cette prohibition n'existe pas.

Inutilement encore invoque-t-on la loi romaine, qui interdisait de transiger : l'induction que l'ancienne jurisprudence avait tirée de cette loi (*voy.* la question précédente). pour arriver à la prohibition du compromis, était fondée en saine logique, puisque de l'interdiction du droit le plus restreint, elle concluait à celle d'un droit beaucoup plus large; mais la loi nouvelle n'interdisant que ce dernier et se taisant sur l'autre, la même induction n'est plus possible, et il faut bien reconnaître que le législateur de 1807 n'a voulu interdire que le compromis. C'est en ce sens que l'on peut regretter, avec M. Berriat, qu'il n'ait pas renouvelé la disposition de la loi romaine. Notre avis est celui de M. Boitard, t. 3, p. 412.

Quant au point de savoir si la prohibition de compromettre sur les aliments comprend à la fois les arrérages échus et les arrérages à échoir, la précision de M. Carré nous paraît fondée en équité et conforme au vœu du législateur. (*Voy.* notre *Quest.* 1989 *ter*, t. 4, p. 669) (1). Elle est cependant combattue par M. Favard de Langlade, t. 1, p. 196, qui, refusant de distinguer là où la loi ne distingue pas, et s'appuyant, d'ailleurs, sur l'art. 581, qui répute insaisissables les aliments même échus, n'admet, en ce qui les concerne, le compromis dans aucun cas. Mais son opinion est repoussée par MM. Mongalvy, p. 162, n° 186; Goubeau, t. 1, p. 70 et 76; Dalloz, t, 1, p. 627, note 2; Thomine Desmazures, t. 2, p. 651, et de Vatimesnil, p. 605, n° 131, qui déclarent tous valable le compromis sur les arrérages échus, sauf dans le cas mentionné par M. Carré. L'argument pris des termes de l'art. 581 est du reste sans force, puisque cet article établit l'insaisissabilité *des arrérages* en général, c'est-à-dire des arrérages à échoir, ce qui, évidemment, laisse indécise la question, et ne détruit pas les raisons de décider auxquelles nous nous sommes rattaché.]]

[[**3264** bis. *Une femme mariée peut-elle, avec l'autorisation de son mari, compromettre sur ses biens dotaux?* Quid *si le contrat de mariage permet d'aliéner la dot?* Quid *si la contestation à raison de laquelle est intervenu le compromis porte sur le partage d'une succession qui comprend les biens dotaux?*

Il est évident que ni la femme, dûment autorisée, ni les époux conjointement n'ont le droit, sous le régime dotal, de compromettre sur les objets consti-

---

(1) [Il semblerait résulter des expressions dont se sert M. Carré, que c'est au créancier des aliments à prouver qu'il a été obligé d'emprunter pour vivre. Il nous paraît incontestable que celui qui les a fournis a le même droit; et il importe peu d'ailleurs que la sentence arbitrale ait été rendue; ce sont là des conséquences du principe établi sur la *Quest.* 3267 *bis*, que la nullité, dans les cas de l'art. 1004, est absolue.]

tués en dot, tant parce que la cause est communicable au ministère public (art. 83, Cod. proc. civ.), que parce qu'ils n'ont pas la libre disposition de ces biens. *Voy.* Toulouse, 4 janv. 1817 (*J. Av.*, t. 16, p. 530; DEVILL., *Collect. nouv.*, 5.2.220), et Lyon, 20 août 1828 (*J. P.*, 3ᵉ édit., t. 22, p. 226); mais lorsque la dot a été déclarée aliénable par contrat de mariage, les époux étant maîtres d'en disposer à leur volonté, et la communication au ministère public n'ayant plus lieu (*voy.* notre *Quest.* 404, t. 1, p. 500), la défense de compromettre disparaît avec les raisons qui l'ont fait établir. Le contraire a cependant été jugé par un arrêt de Nîmes, 26 fév. 1812 (*J.Av.*, t. 7, p. 74; DEVILL., *Collect. nouv.*, 4.2.45).

Cet arrêt a aussi décidé que la prohibition s'étend aux contestations qui portent, non sur la dot elle-même, mais sur le partage d'une succession comprenant des biens dotaux : telle est aussi l'opinion embrassée par la Cour de Montpellier, le 15 nov. 1830 (*J. Av.*, t. 42, p. 180; DEVILL., 1831, 2.318). La Cour de Toulouse, le 30 avril 1824 (*J. Av.*, t. 26, p. 239), paraît avoir été d'un avis différent; mais il est facile de concilier ces prétendues divergences : dans la dernière espèce, les biens constitués en dot, qui se trouvaient dans la succession, avaient été exactement déterminés par le contrat de mariage; le partage ne pouvait avoir pour effet de nuire aux intérêts de la femme; il en était autrement dans le cas jugé par la Cour de Montpellier, où la constitution de dot, étant générale, portait sur tous les biens échus à la femme dans la succession de ses parents, et où, par conséquent, le compromis portait nécessairement sur des biens dotaux.

On pourrait seulement objecter que, par cela seul que ces biens font partie de la succession, le partage devant en être fait en justice, les contestations qui s'élèvent à son sujet sont de la compétence des tribunaux civils. L'arrêt précité de Toulouse répond à cet argument que l'art. 838 du Code civil n'exige un partage judiciaire que lorsque, au nombre des copartageants, se trouvent des mineurs et des interdits. Cette réponse ne nous paraît pas complétement satisfaisante ; mais ce qui lève toute difficulté, c'est la distinction entre le cas où les biens de l'hérédité sont ou peuvent être dotaux et celui où ils ne le sont pas; ce qui arrive lorsque les objets qui composent la dot, nominativement désignés au contrat de mariage, ne forment qu'une quote-part de la succession. Il est clair que, quant au surplus, la femme dûment autorisée en possède la libre disposition, sans même être astreinte à la communication au ministère public. Elle peut donc compromettre sur ce partage.]]

3265. *Peut-on compromettre sur des droits tellement certains qu'ils ne puissent fournir matière à une contestation sérieuse?*

Oui; il suffit que ces droits soient contestés, quoique sans fondement, pour qu'il puisse y avoir lieu à compromission. (*Voy.* arrêt de la Cour de cassat. du 17 janv. 1809. DENEVERS, 1809, p. 88.)

[[Telle est aussi l'opinion de MM. GOUBEAU, t. 1, p. 80 et DE VATIMESNIL, p. 608, nº 139.

M. DALLOZ, qui reproduit, t. 1ᵉʳ, p. 610, l'arrêt précité de cassation et l'opinion de M. Carré, sans y ajouter de commentaire, rapporte, un peu plus loin, p. 629, un autre arrêt de la Cour de Turin, 4 août 1806, qui annulle le compromis passé sur l'exécution d'une convention, dans un cas où cette exécution n'était pas susceptible de difficulté réelle, et il ajoute, en note : « la différence qui existe entre cette proposition et celle où il a été compromis sur des droits certains est facile à saisir, dit M. CARRÉ, *Lois de la Procéd.*, nº 3265 : dans l'espèce de la première, il suffit qu'il y ait contestation, malgré la futilité des

motifs; dans celle de la seconde, l'action n'est pas ouverte, puisqu'il n'y a pas d'intérêt né et actuel. »

M. DE VATIMESNIL, *loc. cit.*, induit en erreur, sans doute, par la citation de M. Dalloz, reproduit et approuve la même décision. Il est inutile de remarquer ici que le texte de la *Quest.* 3265 ne contient rien de semblable, et que M. Carré ne s'est nullement occupé de la décision rendue par la Cour de Turin.

Quant à l'arrêt de cassation, qui sert de fondement à l'opinion qu'il émet, il suffit de le lire pour s'apercevoir qu'on lui donne une portée qu'il n'a pas. Il ne dit pas effectivement que le compromis est valable, bien que consenti sur une matière non susceptible de contestation sérieuse. Il admet simplement que, dans l'espèce posée, « la délicatesse et le respect de l'opinion publique » étaient des motifs suffisants pour expliquer le concours de la volonté des parties. Du reste, la question ne nous paraît présenter en elle-même aucune difficulté, et nous ne savons par quelle préoccupation on est parvenu à obscurcir ce qui est parfaitement clair.

Que le compromis porte sur l'existence d'un droit ou sur l'exécution d'une obligation, cela est tout à fait indifférent;

Que les motifs sur lesquels se fonde le demandeur soient ou non sérieux, il n'importe pas davantage.

Le compromis a une *cause*, il a un *but*, par cela seul qu'une contestation est soulevée : cette cause, c'est la contestation même; ce but, c'est le jugement.

Lorsqu'une personne est assignée en justice, à tort ou à raison, elle est obligée de se défendre; la loi ne suppose pas qu'avant tout examen, une cause puisse être réputée mauvaise ou douteuse.

Cela posé, il est clair que rien n'empêche les parties de soustraire le différend aux tribunaux ordinaires et de le porter à des arbitres. Rien, évidemment, dans la loi, ne leur interdit cette faculté, à raison de la justice ou de l'injustice de certaines demandes.

Mais il peut arriver que le dol, la fraude de l'adversaire aient présidé à ce changement de juridiction, que la partie ait été entraînée devant des arbitres gagnés et sans indépendance, etc., et c'est précisément l'espèce jugée par la Cour de Turin, et à raison de laquelle cette Cour annulait très justement le compromis.

Quant au jugement arbitral, obtenu par de tels moyens, il peut être attaqué par l'appel, et, si les parties se sont interdit cette voie, par la requête civile (art. 480, n° 1): l'arrêt précité n'a pas fait cette dernière précision; mais nous croyons que c'est à tort.]]

3266. *Peut-on compromettre sur les difficultés relatives à l'exécution d'un acte administratif, lorsqu'elles ne concernent que l'intérêt personnel des individus qui compromettent?*

Loin qu'il existe aucune loi qui s'oppose à ce que l'on compromette dans cette circonstance, l'arrêté du 5 fruct. an IX autorise, au contraire, cette sorte de transaction. C'est pourquoi la Cour de cassation, par arrêt du 17 janv. 1811 (S., 14.1.126, *J. Av.*, t. 7, p. 33), a décidé que les arbitres pouvaient prononcer sur les contestations existantes entre cohéritiers, dont l'un est éliminé ou amnistié, et relativement à une succession dont le mode de partage avait été fixé par un acte du gouvernement représentant le cohéritier émigré. Elle a considéré que, dans cette espèce, les arbitres n'ayant fait que déterminer le sens d'un acte administratif qui leur avait été soumis du consentement des parties, et uniquement dans l'intérêt de celles-ci, n'avaient évidemment commis aucun excès de pouvoir qui pût faire annuler leur sentence.

[[Cette décision est approuvée par tous les auteurs qui ont examiné la question; nous l'avons enseignée dans nos *Principes de Compétence et de Juridiction administrative*, t. 1er, p. 148, n° 519.]]

3267. *Peut-on compromettre sur des intérêts pécuniaires nés à l'occasion d'une question d'état?* [[(1)]]

Il est bien certain que l'on ne peut compromettre sur des questions d'état, ni sur aucune contestation qui tienne à l'ordre public (art. 1004).

Cependant la Cour de Bruxelles, par arrêt du 26 fév. 1807 (*voy.* SIREY, *DD.*, p. 89, *J. Av.*, n. éd., t. 7, p. 45, v° *Compromis*, n° 13), a jugé que des arbitres avaient pu prononcer sur la question de savoir si un enfant était né viable, e s'il avait survécu à sa mère, question de laquelle dépendait la solution de celle de savoir à qui appartiendrait la succession de celle-ci; ce qui était le principal objet du compromis.

Cette Cour a considéré, que le différend ne présentait point une véritable question d'état, qui ne s'entend que de l'état civil des personnes; et telle est aussi notre opinion.

On entend, en effet, par état civil, dit M. MERLIN (voy. *Nouv. Répert.*, t. 4, p. 769), la condition d'une personne, en tant qu'elle est enfant naturel ou adoptif de tel père ou de telle mère, légitime ou bâtarde, mariée ou non mariée, divorcée ou non divorcée, vivante ou morte, soit naturellement, soit civilement.

Les questions d'état sont donc celles qui ont pour objet de régler, suivant ces diverses circonstances, la condition civile d'une personne, lorsqu'elle est attaquée dans un *état* dont elle est en possession, ou qu'elle réclame un état dont elle n'a jamais joui (*voy.* DENISART, au mot *Etat*, t. 2, p. 331). Cette explication suffit pour démontrer la justesse du motif sur lequel la Cour de Bruxelles a fondé sa décision; car il est évident que la question préjudicielle, sur laquelle les arbitres avaient à prononcer, ne présentait rien de semblable à ce qui caractérise une question d'état.

Mais supposons qu'il soit nécessaire que les arbitres, pour prononcer sur l'objet du compromis, décident préalablement une question qui soit véritablement une question d'état; dira-t-on, comme on le pourrait dans l'espèce ci-dessus, que cette question n'étant pas le fond du procès et du compromis, les arbitres pourraient la juger, parce qu'elle ne serait qu'une question préjudicielle qui leur serait essentiellement soumise comme juges du principal? Non, sans contredit.

Mais ne le pourraient-ils pas, si les parties avaient formellement consenti à ce qu'ils prononçassent sur cette question? Nous croyons qu'il faut distinguer.

1° Le cas où les parties ne leur auraient soumis la question d'état que comme préjudicielle, comme nécessaire à décider pour statuer sur des intérêts pécuniaires qui y seraient liés, et qui seraient l'unique et dernier objet du compromis;

2° Celui où cette question leur aurait été déférée, pour rendre même à son égard une décision qui devrait avoir tous les effets d'un jugement.

Nous estimons que le compromis serait valable dans le premier cas, parce qu'il est toujours permis de transiger sur des intérêts pécuniaires, et que la so-

---

(1) [On peut compromettre sur les intérêts civils et les dépens d'un procès criminel et même sur les délits qui ne peuvent être poursuivis que civilement. Telle est l'opinion de MM. MERLIN, t. 2, p. 681, v° *Compromis*, BERRIAT SAINT-PRIX, p. 40, not. 10, et 94, n° 59.]

lution donnée sur la question d'état ne pourrait préjudicier à l'état de la personne, ni lui être opposée; mais dans la seconde hypothèse, le compromis serait nul, conformément à l'art. 1004.

Supposons, par exemple, qu'un individu prétende droit dans une succession, en qualité d'enfant légitime; que cette qualité lui soit contestée par des parents du défunt, qui maintiendraient qu'il ne peut être admis à prendre part qu'en qualité d'enfant naturel reconnu.

Dans cette espèce, l'individu dont il s'agit pourra compromettre sur la portion à lui revenir dans la succession, en déclarant que nonobstant la solution à donner sur la question de savoir s'il est enfant naturel ou légitime, il entend néanmoins se soumettre à ne prendre part que suivant la quotité qui serait fixée par les arbitres.

Il arrivera de là que le jugement arbitral ne sera exécutoire, et ne pourra être opposé à l'individu dont il s'agit, que relativement à la portion qui lui aura été accordée dans la succession, et que conséquemment la question d'état restera tout entière, et pourra être discutée par lui en toute circonstance. (*Voy.* nos *Quest.* sur l'art. 1015.)

[[Sur ce qu'il faut entendre par *question d'état,* sur la définition de M. Merlin et la conséquence qu'en tire M. Carré, presque tous les auteurs sont d'accord avec ce dernier; *Voy.* notamment MM. PIGEAU, *Comm* , t. 2, p. 716; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 197; GOUBEAU, t. 1, p. 72; DE VATIMESNIL, p. 606, nº 134; et BELLOT, t. 1, p. 283.

M. DALLOZ, t. 1, p. 629, not. 1, tout en approuvant l'arrêt de la Cour de Bruxelles, critique néanmoins la définition de M. Merlin, comme trop large : en effet, dit-il, si la condition d'une personne, *en tant* qu'elle est vivante ou morte, constitue sous un rapport son état civil, la question de savoir si elle était vivante ou morte à telle époque n'est-elle pas aussi une question d'état?

La loi a établi des formalités particulières pour constater les décès et leur date, et ces actes n'appartiennent-ils pas essentiellement à l'Etat civil ?

On répond à cette objection que M. Merlin n'a voulu dire autre chose, comme il est facile de s'en convaincre, si non que le fait de l'existence ou de la mort d'une personne *peut* constituer une question d'Etat civil, comme si, par exemple, on oppose un prétendu acte de décès à celui qui se présente pour jouir des droits de père, d'époux, d'enfant dans une famille.

Il n'y a question d'état que lorsque la qualité d'un individu, comme membre de la famille, est contestée. Dans l'espèce jugée par la Cour de Bruxelles, il s'agissait uniquement d'une question de succession : la preuve de viabilité n'était là que ce que sont ailleurs les présomptions de survie, le moyen d'établir la successibilité. La décision de cette Cour nous paraît donc irréprochable.

Le point de savoir si les arbitres peuvent juger une question d'état préjudiciellement, et afin de statuer sur des intérêts pécuniaires dont la valeur dépend de sa solution, a soulevé une controverse beaucoup plus vive.

MM. MONGALVY, p. 163, nº 189 et DALLOZ, t. 1, p. 629, not. 2, approuvent la distinction de M. Carré et reconnaissent avec lui, que, si les arbitres n'ont mission de juger la qualité de l'enfant que pour déterminer la somme qui lui revient, le compromis est valable aussi bien que le jugement arbitral.

M. GOUBEAU, t. 1, p. 77, admet en droit l'exactitude de ce système. Il fait seulement observer que la question se présentera très rarement en jurisprudence, puisqu'elle suppose qu'une partie qui en fesant juger sa qualité par les tribunaux, obtiendrait toutes les conséquences qui en découlent, préférera traiter sur ces conséquences, c'est-à-dire, sur l'accessoire, et négligera le principal.

Enfin, MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 196, et DE VATIMESNIL, p. 607, nº 135, repoussent de la manière la plus absolue la distinction de M. Carré,

que semble désapprouver aussi M. BELLOT, t. 1, p. 184, et que la Cour de Bastia, 22 mars 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 705; DEVILL., 1832.2.579), a implicitement rejeté, en annulant pour le tout la sentence portant à la fois sur une question d'état et sur des droits successifs en litige.

Nous nous rangeons à cette dernière opinion par une raison qui nous paraît déterminante; c'est qu'un tel compromis ne peut qu'être illusoire.

Les arbitres qui ont à déterminer les droits d'un enfant dont la légitimité est contestée (pour conserver l'exemple de M. Carré), se décideront évidemment d'après cette considération, qu'il est légitime ou naturel.

Mais puisque la question d'état n'est point tranchée par leur décision, si les tribunaux civils ont plus tard à en connaître, sur la réclamation de l'une ou de l'autre des parties, croit-on que l'enfant légitime, à qui les arbitres ont fixé une part d'enfant naturel, ou que les adversaires de l'enfant naturel, gratifié des avantages attachés à la qualité d'enfant légitime, ne réclameront pas leurs droits véritables, les droits inhérents à leur titre?

Pour que cette sentence pût tenir, il faudrait que les parties, en se soumettant au compromis, eussent renoncé à leur état et aux droits qu'il confère; mais en repoussant lui-même cette conséquence exorbitante, M. Carré a ruiné le seul argument qui vienne étayer son système.

Supposons d'ailleurs que la sentence arbitrale soit frappée d'appel, la Cour royale, en fixant la portion de chacune des parties, ne jugera-t-elle pas implicitement cette question d'état, qui n'aura pas même été soumise à un premier degré de juridiction?

La doctrine de M. Carré doit donc être repoussée. Il est toutefois certain que des arbitres peuvent statuer sur un intérêt pécuniaire, déterminé par la qualité des parties, lorsque cette qualité n'est pas contestée; attribuer par exemple à l'une des parties qui plaident devant eux sur la valeur d'une succession, la part qui lui revient comme enfant légitime : ce point n'est susceptible d'aucune difficulté.]]

[[**3267** bis. *La nullité résultant de ce qu'il a été compromis sur les objets énumérés dans l'art.* 1004 *est-elle absolue ou relative?*

C'est évidemment une nullité absolue, puisqu'elle provient, non de l'incapacité de la personne, comme celles que prononce l'art. 1003, mais de la nature même des droits soumis au compromis. Il suit de là que toutes les parties peuvent attaquer cet acte et demander son annulation devant les tribunaux.

Nous ne connaissons d'exception à cette règle qu'en ce qui concerne la dot d'une femme mariée. Les biens composant cette dot ne sont point de leur nature inaliénables; ils ne le sont que par la prévoyance de la loi, et dans l'intérêt de la femme elle-même : si donc celle-ci ne se plaint pas, lorsque, sur des contestations élevées à cet égard, sont intervenus un compromis et, par suite, une sentence arbitrale, ceux qui ont traité avec elle ne sont pas recevables à invoquer la nullité résultant de ce fait. C'est ce qu'a jugé avec raison la Cour de Toulouse, les 3 juin 1828 et 5 mars 1830 (*J. P.*, 3e éd., t. 21, p. 1516 et *Mémorial* de Tajan, t. 20, p. 286).]]

ART. 1005. Le compromis pourra être fait par procès-verbal devant *les arbitres choisis* (1), ou par acte devant notaire, ou sous signature privée.

(1) *Arbitres choisis*, auxquels les parties déclarent qu'elles les constituent juges des différends qu'elles expliquent, ou qui sont développés dans leurs actes ou mémoires respectifs.

[Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 501, nos 2 et 3.] — Cod. comm., art. 53. — [Notre Dict. gén. de proc., vo *Arbitrage*, nos 43 à 58, 79 à 85, 363 et 403. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 302 à 351. — Devilleneuve, vo *Compromis*, nos 32 à 37. — Locré, t. 23, p. 437, no 6.

QUESTIONS TRAITÉES : Si, au lieu de passer un compromis, les parties fournissent de part et d'autre, à des tierces personnes, des blancs seings que celles-ci devront remplir d'une transaction, cette transaction sera-t-elle considérée comme un jugement arbitral, et quels en seront les effets? *Q.* 3268. — La partie qui a remis des blancs seings à une tierce personne peut-elle les retirer, malgré l'opposition de l autre partie? *Q.* 3269. — Le compromis doit-il être daté à peine de nullité? *Q.* 3269 *bis.* — Le compromis doit-il être nécessairement constaté par un acte, et faut-il que cet acte soit séparé du jugement arbitral? *Q.* 3270. — Le compromis peut-il être constaté par d'autres actes que ceux mentionnés dans l'art. 1005? *Q.* 3271. — Le compromis sous seing privé doit-il être fait en double? *Q* 3272. — Le compromis sous seing privé, nul pour n'avoir pas été rédigé en double ou triple original, ne vaut-il pas au moins comme commencement de preuve par écrit des conventions qu'il renferme? *Q.* 3272 *bis.* — Lorsque le compromis est passé par procès-verbal devant arbitres, doit-il être rédigé en autant d'originaux qu'il y a de parties? *Q.* 3272 *ter.* — Quelle est la nature de la nullité résultant de l'inobservation des formes prescrites par l'art. 1005, et comment se couvre cette nullité? *Q.* 3272 *quater.* — Le compromis est-il assujetti aux droits de timbre et d'enregistrement? *Q.* 3273. — Un compromis, par lequel des parties ont donné à des arbitres le pouvoir de décider toutes questions élevées ou qui pourraient s'élever sur l'exécution des actes qui font la matière de leur contestation, serait-il valable? *Q.* 3274 (1).]

DXCIX. Après avoir désigné, dans les deux articles précédents, les personnes qui peuvent compromettre et les matières qui peuvent faire l'objet d'un compromis, la loi énonce ici les formes dans lesquelles cet acte peut être rédigé, et les clauses dont il est susceptible; à cet égard, il laisse aux parties la liberté la plus entière.

Et d'abord, toutes les formes dans lesquelles peuvent être passés une convention, un contrat ordinaire, conviennent au compromis : authentique ou sous signature privée, il est également valable.

3268. *Si, au lieu de passer un compromis, les parties fournissent de part et d'autre, à des tierces personnes, des blancs seings que celles-ci devront remplir d'une transaction, cette transaction sera-t-elle considérée comme un jugement arbitral, et quels en seront les effets?*

Il est bien certain qu'une remise de blancs seings ne peut équivaloir à un compromis, et que conséquemment la transaction rédigée par les tierces personnes auxquelles ils ont été remis ne peut être considérée comme un jugement arbitral.

C'est ce qu'atteste DUPARC-POULLAIN, t. 8, p. 143, no 4. « Quand les parties, dit-il, veulent que leurs contestations soient terminées sans jugement, par amiable composition, elles remettent aux arbitres des blancs signés qu'ils remplissent d'une transaction. Cet usage a toujours été approuvé par le Parle-

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1o Un notaire peut retenir l'acte de compromis dans lequel il est nommé arbitre. Toul., 17 juill. 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 232), Lyon, 9 fév. 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 503); et Toulouse, 18 août 1837; (*J. P.*, 2. 1837, p. 517); Conf., M. SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, vo *Compromis*, 62e tabl., 5e col., no 4.

2o Les arbitres ne sont pas censés valablement nommés lorsqu'ils ne justifient pas de la procuration en vertu de laquelle le mandataire d'une des parties aurait concouru à les nommer. L'énoncé de leur nomination avec simple mention de la procuration serait insuffisant pour la constater. Cass., 8 frim. an XII (*J. Av.*, t. 4, p. 520; DEVILL., *Collect. nouv.*, t. 1, 895).

3o L'énonciation dans l'original d'un compromis déposé avec la minute d'un jugement arbitral, que ce compromis a été fait en triple, doit prévaloir sur la simple assertion contraire d'une partie. Renn., 13 déc. 1809 (*J. Av.*, t. 16. p. 181).

4o Un compromis est nul, lorsqu'il y a eu dol et fraude de la part d'un des compromettants. Cass., 3 fév. 1807 (*J. Av.*, t. 7 p. 43).]

ment; mais lorsque les parties ont été appelantes de ces blancs seings remplis, le Parlement a décidé que la voie de l'appel n'était pas admissible, et qu'on ne pouvait les attaquer que par voie de rescision, fondée sur les mêmes moyens qui sont nécessaires pour faire rescinder les transactions. » (*Voy.* Actes de notoriété recueillis par le même auteur, p. 12, et par DEVOLANT, p. 247.)

RODIER, des Sentences arbitrales, à la fin du *Commentaire* sur le titre 26 de l'ordonn., et DENISART, au mot *Transaction*, t. 4, p. 78, n° 9, disent la même chose des transactions faites par des arbitres en vertu de procuration. De telles transactions ne peuvent être considérées comme sentences arbitrales, lors même qu'il y serait dit que les procurateurs arbitres auraient transigé, tant en vertu des pouvoirs qui leur auraient été donnés, que de la remise à eux faite de tels et tels actes, mémoires et instructions, et des aveux respectivement donnés par les parties, sur des faits jusqu'alors inconnus; ce qui, dit Rodier, *sentait bien la sentence arbitrale.*

Mais on peut demander si ce que nous venons de dire, d'après Duparc-Poullain, relativement à la validité des transactions faites par des tierces personnes sur des blancs seings qui leur ont été remis, doit être observé dans notre droit actuel.

Il faut remarquer que l'opinion de Duparc-Poullain n'était fondée que sur la jurisprudence du Parlement de Bretagne, et que Dareau, rédacteur de l'article *Blanc seing*, inséré dans la première édition du *Répertoire*, blâmait l'usage qui était autorisé par cette jurisprudence, et se prononçait contre le sentiment de ceux qui maintenaient la validité de la transaction.

Mais M. Merlin, dans la deuxième édition du même ouvrage, t. 1, p. 725, s'exprime ainsi : « Sur quel fondement prétendrait-on annuler ces engage-« ments? Aucune loi ne les condamne : ils sont donc permis; on peut donc con-« tracter par blancs seings. Qu'il soit de l'essence des contrats, que chaque « partie connaisse la nature et la force des engagements qu'elle souscrit; mais « celui qui souscrit un blanc seing ne sait-il pas qu'il s'en remet à la libre vo-« lonté de celui auquel il en confie l'usage? Qu'il puisse résulter des abus gra-« ves, j'en conviens encore; mais c'est au législateur à y pourvoir, et tant qu'il « ne l'aura pas fait, le devoir du jurisconsulte sera de reconnaître pour valable « et celui du magistrat sera de confirmer ce que le législateur n'a pas jugé à « propos de déclarer nul. »

A cette opinion de M. Merlin, nous avons entendu opposer que la nullité de la transaction sur blanc seing résulterait de ce qu'elle a été faite par suite d'arbitrage, et que l'art. 1006, Cod. proc. civ., exigeant que le compromis désigne, à peine de nullité, les objets en litige et le nom des arbitres, cette condition, sans laquelle nul ne peut statuer comme arbitre, n'est point remplie par la remise des blancs seings.

Nous répondons qu'on ne peut tirer contre l'usage de cette remise aucune induction de l'article dont on argumente, non-seulement parce qu'avant la publication du Code de procédure, le même défaut de désignation de l'objet de l'arbitrage et du nom des arbitres entraînait également la nullité, ce qui n'empêchait pas d'admettre l'usage des blans seings (*Voy.* PIGEAU, anc. éd., t. 1, p. 19); mais encore parce que le compromis ayant pour objet d'investir des tiers du droit de juger un différend, il faut que leur compétence soit déterminée; ce qui n'est pas nécessaire, lorsque des blancs seings leur sont remis, puisque les parties annoncent par là qu'elles n'entendent point qu'ils rendent jugement, mais qu'elles leur accordent des pouvoirs illimités à l'effet de *transiger* pour elles.

Nous concluons de ces observations que l'usage de la remise des blancs seings peut être suivi sous l'empire de nos lois actuelles, comme l'a décidé la Cour de Rennes, par arrêt du 28 avril 1823, et que la transaction dont les

blancs seings sont remplis est soumise aux principes établis au tit. 15, liv. 3, Cod. civil (*Voy.* les notes de PIGEAU, t. 1, p. 10 et 11), et ne peut être attaquée que dans les cas mentionnés aux art. 2052 et suiv. de ce Code.

[[Telle est également l'opinion de MM. MONGALVY, p. 108, n° 129; DE VATIMESNIL, p. 581, n° 36; DEVILLENEUVE et MASSÉ, v° *Compromis*, n° 65. M. GOUBEAU, t. 1, p. 108, critique le passage de Merlin, rapporté par M. Carré; mais comme, en définitive, cet auteur se borne à soutenir qu'un tel acte ne peut être considéré comme un compromis, et que le jugement auquel il donne lieu n'est pas un jugement arbitral, opinion que MM. Merlin et Carré adoptent également, on voit que nulle contradiction réelle n'existe sur ce point. M. Goubeau blâme seulement l'usage des blancs seings, qu'il considère avec raison, comme très dangereux. Mais le peu d'exemples qu'offre la jurisprudence nouvelle de ce mode de procéder, prouve assez que le danger est compris et que les parties ne s'y exposent pas volontiers.]]

3269. *La partie qui a remis des blancs seings à une tierce personne peut-elle les retirer, malgré l'opposition de l'autre partie?*

Nous avons sous les yeux une consultation donnée à Rennes, le 18 fév. 1756, par trois anciens avocats, MM. Perron, Boudoux et Martigné-Pepin, qui attestent qu'une partie a toujours le droit de retirer des blancs seings des mains de ceux auxquels elle les a confiés, en les sommant de les remettre, ou en déclarant, sur leur refus, qu'elle les révoque dès ce moment. Ces tierces personnes ne peuvent passer outre; autrement la transaction serait nulle.

[[Cette décision nous paraît incontestable.]]

[[**3269** bis. *Le compromis doit-il être daté, à peine de nullité?*

La date est nécessaire pour établir le point de départ de l'instance et fixer la durée du pouvoir des arbitres. On ne peut donc douter que l'art. 1007 ne suppose implicitement l'accomplissement de cette formalité; mais comme elle n'est sanctionnée par aucune peine, il est impossible de se montrer plus rigoureux que la loi.

Du reste, il est évident qu'à défaut de date, les juges sont en droit, pour apprécier si les arbitres n'ont pas excédé leurs pouvoirs, de rechercher toutes les circonstances propres à déterminer le moment où ils sont entrés en fonctions. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation, le 24 août 1829 (*J. P.*, 3e édit., t. 22, p. 1400).]]

3270. *Le compromis doit-il être nécessairement constaté par un acte* [[*et faut-il que cet acte soit*]] *séparé du jugement arbitral?*

On pourrait le croire, d'après les termes de l'art. 1005, qui exige qu'il soit donné ou par un procès-verbal devant les arbitres choisis, ou par acte devant notaire, ou sous signature privée.

Quoi qu'il en soit, il y a des auteurs, disait Prost-de-Royer, qui prétendent que le pouvoir des arbitres est suffisamment constaté par la mention faite dans la sentence arbitrale d'un *compromis verbal*, ou même par *la remise des actes;* il ajoute que quelques Parlements du royaume rejetaient cette opinion, mais que d'autres l'ont adoptée.

Nous croyons que l'on se conformerait suffisamment au vœu de l'art. 1005, si les arbitres constataient en tête de la sentence le pouvoir qu'ils auraient reçu des parties, à l'effet de régler tel différend, et si les parties souscrivaient cet acte avec eux, car ce ne serait autre chose qu'un procès-verbal; mais nous

ne croyons pas que la simple remise des actes puisse équivaloir aujourd'hui à un compromis : la disposition de l'art. 1005 paraît s'y opposer formellement.

[[La solution de M. Carré embrasse deux points qu'il nous semble important de ne pas confondre : la convention en elle-même et sa preuve.

Quant à la convention, M. BOITARD, t. 3, p. 416, fait observer avec raison que la rédaction par écrit prescrite par l'art. 1005, est, non, la condition de sa validité, mais la preuve de son existence : les conditions de la validité de tout contrat sont énumérées dans les art. 1108 et suiv. du Code civ., et l'écriture, n'est prescrite, comme l'atteste la rubrique du chap. 6, tit. 3, liv. 3 du même Code, que pour attester l'existence des obligations. C'est ainsi que l'art. 1582, Cod. civ., disposant que la vente peut être faite par acte authentique ou par acte sous seing privé, n'entend dire autre chose sinon que la vente ne pourra être prouvée que par l'un ou l'autre de ces moyens ; car, pour sa validité intrinsèque, elle dépend du simple consentement des parties, comme le déclare l'art. 1583. Il n'y a pas de raison pour qu'en matière de compromis il en soit autrement, et que, contrairement aux règles générales du droit, la validité de cet acte dépende d'un écrit, comme celle de quelques contrats solennels, tels qu'hypothèques, donations et testaments.

Un compromis verbal n'est donc point nul en lui-même, comme paraissent l'admettre, avec M. Carré, MM. MONGALVY, p. 105, n° 125, et de VATIMESNIL, p. 579, n° 29, et comme l'a jugé la Cour de Bruxelles, le 28 mars 1821 (*J. P.*, 3e éd., t. 16, p. 491). Si donc les parties s'accordaient pour reconnaître son existence, les objets en litige et le nom des arbitres, il nous paraît évident qu'aucune d'elles ne pourrait se soustraire aux obligations qui lui seraient imposées par cet acte. N'est-il point d'ailleurs reconnu, comme nous le verrons bientôt, que les nullités de forme du compromis sont couvertes par une libre exécution ?

De même, si l'une des parties déférait à l'autre le serment décisoire sur le point de savoir s'il existe un compromis, celle-ci ne pourrait refuser de le prêter, sans s'exposer aux conséquences ordinaires de ce refus.

Quant à l'objection prise contre ce système, de ce que l'art. 1006 exige, à peine de nullité, que le compromis indique le nom des arbitres et l'objet du compromis, il est facile de répondre que cette disposition s'applique uniquement au cas où le compromis est rédigé par écrit, et que d'ailleurs elle n'a jamais été entendue à la rigueur, puisque l'on convient que son inobservation est couverte par l'exécution mutuelle, qui suppose et démontre un accord verbal préexistant.

Mais ce qui résulte de l'art. 1005, c'est qu'à défaut d'aveu des parties, nul autre moyen que ceux qu'il indique ne peut être invoqué par les personnes qui ont intérêt à prouver l'existence du compromis. Ainsi la preuve testimoniale, quelque minime que soit l'objet du débat, ainsi encore le commencement de preuve par écrit doivent être rejetés par le juge. Nous sommes sur ce point d'accord avec MM. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 633, et BOITARD, *loco citato*, Toutefois la Cour de cassation, le 3 janv. 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 1 ; DEVILL., *Collect. nouv.*, 6.1.356), a jugé que la représentation matérielle du compromis n'est pas indispensable. En conséquence, elle a admis comme suffisante la preuve tirée, 1° de la transcription au jugement arbitral (ce qui confirme la dernière décision de M. Carré, adoptée du reste universellement), 2° de la présence des parties et des conclusions par elles prises devant lesdits arbitres ; 3° enfin de la preuve de l'enregistrement du compromis.

Tous les auteurs (1) approuvent cette décision, ce qui démontre qu'il ne

(1) [MM. DEVILL. et MASSÉ, v° *Compromis*, n° 60, enseignent pourtant d'une manière générale que la preuve du compromis doit résulter complétement d'un acte

faut pas, comme nous l'avons dit, entendre à la rigueur les art. 1005 et 1006; seulement M. Mongalvy fait remarquer avec raison qu'un simple extrait d'enregistrement ne serait pas une preuve suffisante de l'existence et surtout de la validité du compromis, puisqu'il n'atteste autre chose sinon que tel jour un acte a été présenté au receveur de l'enregistrement, lequel a qualité pour percevoir un droit fiscal, mais non pour donner aux actes qu'on lui présente un caractère d'authenticité.

Quant à la remise des pièces aux arbitres, à la mention d'un compromis verbal dans la sentence arbitrale, ce sont là sans nul doute des présomptions, mais non des preuves de son existence. Ces faits peuvent provenir d'une toute autre cause, et, à moins qu'il n'intervienne un aveu ou l'exécution, qui est un aveu implicite, nous pensons avec tous les auteurs qu'ils sont insuffisants pour établir la volonté de compromettre.]]

3271. *Le compromis peut-il être constaté par d'autres actes que ceux mentionnés dans l'art.* 1005?

Nous croyons, contre le sentiment des auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 359, qu'il peut l'être par le procès-verbal du juge de paix tenant le bureau de conciliation, lorsque les parties défèrent à l'invitation que la loi lui ordonne de leur faire, de soumettre leur différend à des arbitres. (*Voy.* Demiau-Crouzilhac, p. 673; loi du 22 frim., dite *Constitution* de l'an VIII, et Code de procédure civile, art. 54.)

Nous pensons en outre que les parties compromettent valablement, lorsque, déclarant se désister d'une instance introduite devant le juge ordinaire, elles lui demandent et obtiennent acte de ce désistement et, en même temps, de leur déclaration de soumettre le différend à des arbitres qu'elles désignent. Le jugement forme et constate évidemment le compromis.

[[Ces solutions impliquent, comme on le voit, que les formes prescrites par l'art. 1005 n'ont rien de restrictif, et que toutes celles que leur substituent les parties, pourvu qu'elles soient rédigées par écrit et qu'elles contiennent d'ailleurs les énonciations exigées à peine de nullité, remplissent suffisamment le vœu de la loi. Un tel principe est exact et n'est point contraire à celui que nous avons émis sous la question précédente. L'art. 1005 est limitatif, en ce sens qu'une rédaction par écrit est nécessaire; mais il ne prescrit pas impérieusement la forme de cette rédaction. La constatation du compromis par consentement donné en justice, est d'autant plus licite que l'art. 53, Cod. comm., l'autorise en matière d'arbitrage forcé. Il n'y a pas de raison pour qu'il en soit autrement pour l'arbitrage volontaire. Tel est du reste le sentiment de MM. de Vatimesnil, p. 579, n° 31; Devilleneuve et Massé, v° *Compromis*, n° 64.

Quant au point de savoir si le compromis est valablement constaté par procès-verbal du juge de paix au bureau de conciliation, il nous paraît devoir être résolu d'après le même principe. On pourrait, pour soutenir l'opinion des auteurs du *Praticien*, remarquer que la rédaction proposée par la section du Tribunat, et qui consistait à substituer à ces mots: *par procès-verbal devant les arbitres*, ceux-ci: *par procès-verbal devant un juge de paix* ne passa point dans le projet de loi; mais il n'y a rien à conclure de cette omission, puisque

---

écrit, et sans le secours d'une preuve accessoire; mais ces auteurs se préoccupent ici surtout d'empêcher la preuve testimoniale, que nous croyons ainsi qu'eux inadmissible en cette matière; ils se sont seulement exprimés en termes trop absolus.]

d'ailleurs l'art. 1005 n'est nullement limitatif. Il s'agit donc uniquement de savoir si un tel acte constate d'une manière suffisante le compromis, s'il remplit le vœu du législateur, et sur ce point le doute est impossible. Aussi l'opinion de M. Carré est-elle adoptée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 717; MONGALVY, p. 107, n° 128; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 197; DALLOZ, t. 1, p. 658, not. 1; GOUBEAU, t. 1, p. 104; DE VATIMESNIL, p. 579, n° 30; DEVILLENEUVE et MASSÉ, v° *Compromis*, n° 63; RODIÈRE, t. 3, p. 14; et consacré par arrêts de Toulouse, 29 avril 1820 (*J. Av.*, t. 7, p. 88); Grenoble, 17 janv. 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 17; DEVILL., *Collect. nouv.*, 6.2.255; 7.2.10); Cass., 11 janv. 1825 (*J. Av.*, t. 28, p. 19); Bordeaux, 5 fév. et 13 juill. 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 34, et t. 40, p. 70). Un autre arrêt de Toulouse, 25 juin 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 291; DEVILL., *Collect. nouv.*, 1831.2.319), en adoptant la même doctrine, a été jusqu'à décider qu'un tel compromis serait valable, lors même que les parties n'auraient pas signé le procès-verbal de conciliation. Telle est aussi l'opinion de MM. Favard de Langlade et de Vatimesnil, *loco citato*, et nous la croyons exacte. On objecte en vain que le procès-verbal de conciliation a simplement force d'obligation privée, aux termes de l'art. 54, ce qui semble le soumettre aux règles qui régissent les actes sous seing privé. Le procès-verbal de non-conciliation n'est pas plus un acte privé qu'un acte authentique; c'est un acte *sui generis*, privé quant à ses effets, authentique dans la forme (*Voy.* notre *Quest.* 229, t. 1, p. 247) : la signature des parties n'est jamais indispensable à sa validité.]]

3272. *Le compromis sous seing privé doit-il être fait en double?*

Oui, conformément à l'art. 1325, Cod. civ., puisque c'est un contrat synallagmatique. (V. *Praticien*, t. 5, p. 358.)

Mais comme, en général, l'exécution d'un contrat sous seing privé couvre non-seulement la nullité provenant du défaut de mention du nombre des originaux qui ont été faits, mais encore celle qui résulte de ce que les originaux n'auraient pas été faits en nombre suffisant, l'exécution du compromis couvrirait ces nullités. (Cassat., 15 fév. 1814; S., 14.1.154; *J. Av.*, t. 7, p. 38.)

Remarquons toutefois, 1° que cette exécution ne serait pas prouvée par le seul témoignage des arbitres irrégulièrement nommés, Trèves, 15 nov. 1811, (S., 13.2.350; *J. Av.*, t. 7, p. 34); il faut encore que le jugement arbitral et des aveux positifs des parties constatent qu'elles ont comparu devant les arbitres, Turin, 12 mess., an XIII (S., 13.2.316; *J. Av.*, t. 7, p. 34), la comparution volontaire étant une exécution, dans le sens de l'art. 1338, Cod. civ. (Cassat., 13 fév. 1812, S., 14.2.155).

2° Aussi a-t-il été jugé, par arrêt de la Cour de Florence du 3 juin 1811, qu'il n'est pas nécessaire, à peine de nullité, que l'acte qui proroge le pouvoir des arbitres soit fait en double original, surtout si les arbitres ont été constitués dépositaires de l'acte qui contient la prorogation (S., 14.2.84), et nous appliquons cette décision au cas où le compromis non fait double eût été déposé à l'instant entre les mains des arbitres.

[[Un compromis sous seing privé étant un acte synallagmatique, il est incontestable qu'il doit, aux termes de l'art. 1325, Cod. civ., être fait en autant d'originaux qu'il y a de parties représentant un intérêt distinct, et que chacun de ces originaux doit contenir la mention des autres, à peine de nullité.

La doctrine est unanime sur ce point, aussi bien que la jurisprudence. Aux arrêts cités par M. Carré, on peut joindre ceux de Cassation, 12 fév. 1812, et de Bourges, 23 janv. 1824 (*J. Av.*, t. 7, p. 3, et t. 26, p. 248; DEVILL., *Coll. nouv.*, 4.1.26; 7.2.303).

A la vérité, la Cour de Turin, 4 août 1806 (*J. P.*, 3e éd., t. 5, p. 443;

Devill., *Collect. nouv.*, 2.2.161), a jugé qu'une seule copie suffisait pour l'obligé principal, partie au compromis, et pour sa caution; mais comme elle s'est fondée sur ce que les parties avaient un intérêt identique, on voit que sa décision, loin de contrarier notre principe, vient au contraire à son appui.

Ce n'est pas ici le lieu d'examiner si l'exécution volontaire des parties couvre la nullité résultant de l'inobservation des formes de l'art. 1325, et si la preuve de cette exécution résulte de la déclaration des arbitres eux-mêmes. La première de ces difficultés est traitée sous la *Quest.* 3272 *ter*, la seconde, sous la *Quest.* 3337 *bis.*]]

[[**3272** bis. *Le compromis sous seing privé, nul pour n'avoir pas été rédigé en double ou triple original, ne vaut-il pas au moins comme commencement de preuve par écrit des conventions qu'il renferme?*

L'affirmative sur ce point est enseignée par M. de Vatimesnil, p. 581, n° 34: « On complétera ce commencement de preuve, dit cet estimable jurisconsulte, à l'aide de présomptions ou par une enquête, et ce ne sera pas contrevenir au principe d'après lequel il est de l'essence du compromis d'être constaté par écrit; car il le sera réellement par l'acte non fait double et par les preuves supplétives qui y mettent le sceau. » Cette opinion est combattue par MM. Devilleneuve et Massé, v° *Compromis*, n° 60.

Nous ne comprenons pas bien la raison d'une pareille divergence. Il est évident que le compromis, par cela seul qu'il ne réunit pas les formes imposées par la loi à l'acte qui le renferme, est *nul*, et ne saurait par conséquent produire d'effet comme compromis, à moins qu'il ne soit reconnu ou ratifié des parties (1). On ne voit donc pas à quoi servirait la preuve testimoniale, et comment elle pourrait obliger une partie à se soumettre à des juges dont elle ne veut pas. Mais si l'on envisage le compromis indépendamment d'une instance arbitrale, et par rapport seulement aux stipulations qu'il renferme, la difficulté se résout en cette question si controversée : un acte privé synallagmatique, non fait double, peut-il être considéré comme un commencement de preuve par écrit? question de droit civil que nous n'avons pas à traiter ici. Constatons seulement qu'en ce qui touche la juridiction des arbitres, l'effet de la nullité est de dégager les parties de l'obligation de comparaître devant les arbitres, et que, sur ce point, l'une n'a rien à prouver, l'autre, rien à combattre. C'est dans l'acte lui-même qu'il faut voir si l'on s'est conformé aux prescriptions de la loi.]]

[[**3272** ter. *Lorsque le compromis est passé par procès-verbal devant arbitres, doit-il être rédigé en autant d'originaux qu'il y a de parties?*

Nous avons, sous la *Quest.* 3272, approuvé cette observation de M. Carré, que la remise du compromis entre les mains des arbitres dispensait de le rédiger en double ou triple original; à plus forte raison, lorsque le compromis a été rédigé, non par acte séparé, mais par procès-verbal devant les arbitres : bien que ce soit encore là un acte privé, il nous paraît certain que le vœu de la loi est rempli, et que les parties n'ont point d'autres garanties à réclamer, puisque les arbitres sont, du moins vis-à-vis d'elles, des hommes publics, et qu'elles

(1) [La Cour de Bordeaux, 5 fév. 1830 (*J. P.*, 3e éd., t. 23, p. 134), sans se prononcer sur la question même, a jugé que la ratification pouvait être prouvée par témoins.]

ont mis en eux toute confiance. Tel est aussi le sentiment de MM. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 653, et BOITARD, t. 3, p. 422.]]

[[**3272** quater. *Quelle est la nature de la nullité résultant de l'inobservation des formes prescrites par l'art.* 1005, *et comment se couvre cette nullité?*

Nous avons déjà vu, sous les art. 1003 et 1004, quel était le genre de nullité résultant de l'inobservation des règles qu'ils consacrent : celle qui résulte de l'incapacité des contractants, ordinairement relative; celle qui provient de la nature des objets soumis au compromis, presque toujours absolue.

La nullité qui sanctionne l'obligation imposée aux parties par l'art. 1005 de rédiger par écrit l'acte qui porte une contestation devant les arbitres peut certainement être invoquée par tous les compromettants. Mais nous avons déjà vu, sous la *Quest.* 3270, que ce n'est pas une nullité *ipso facto*, si, d'ailleurs, le compromis réunit les conditions nécessaires à la validité de tous les contrats; seulement, il manque de preuve, il est comme n'existant pas, à moins que l'aveu des parties ne lui vienne rendre toute son efficacité.

La conséquence à tirer de cette règle est bien simple : les parties ont-elles, sans écrit, exécuté leurs conventions, assisté volontairement à l'instance et au jugement qui impliquent la préexistence du compromis, la nullité n'a plus de cause; une insurmontable fin de non-recevoir s'élève contre celles d'entre elles qui voudraient l'invoquer.

Ces principes, méconnus par la Cour de Gênes, 12 déc. 1810, ont été consacrés par arrêts de Turin, 12 mess. an XIII; Cassat., 12 janv. 1812 et 15 fév. 1814, et Grenoble, 17 janv. 1822 (*J. Av.*, t. 7, p. 34, et t. 24, p. 17; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.2.369). Les auteurs sont unanimes dans le même sens.

Ce que nous disons du défaut d'écriture s'applique, à plus forte raison, à une écriture incomplète; par exemple, à l'acte sous seing privé, non rédigé en double, triple original. Il a été jugé que cette nullité était couverte :

1° Par la comparution volontaire des parties devant les arbitres; Cass., 12 janv. 1812, *arrêt précité.*

2° Par leur comparution et dires constatés; Turin, 12 mess. an XIII, *idem.*

3° Par la signature des parties à l'acte de prorogation de l'arbitrage; Bourges, 14 juill. 1830 (*J. P.*, 3e éd., t. 23, p. 684);

4° Par la remise du compromis aux arbitres; Pau, 19 juin 1828; Aix, 6 mars 1829 (S., 29.2.303);

5° Par la communication des titres qui leur serait consentie; Grenoble, 17 janv. 1822, *arrêt précité.*

La Cour de cassation, le 5 juillet 1832 (*J. Av.*, t. 42, p. 742; DEVILL., 1833, 1.322), a également jugé qu'un associé qui n'a pas signé le compromis ne peut en demander la nullité, s'il a participé à la nomination des arbitres et consenti avec les autres parties à la prorogation de l'arbitrage.

Dans tous les cas, c'est, comme on le voit, l'exécution volontaire sous ses diverses formes qui est considérée comme le moyen de couvrir la nullité.

La plupart de ces arrêts ont eu à décider en même temps si cette exécution était suffisamment constatée par le dire des arbitres; ce n'est pas ici le lieu de traiter cette question, qui rentre dans celle de savoir quelle est la foi due aux jugements arbitraux. (Voy. *Quest.* 3387 bis.)]]

3273. *Le compromis est-il assujetti aux droits de timbre et d'enregistrement?*

Oui, d'après les art. 12 et 17 de la loi du 13 brum. an VII, et l'art. 7 de celle du 22 frim. de la même année. Il est même à remarquer, comme le dit DUPARC-

Poullain, t. 8, p. 433, que le compromis doit être enregistré avant la date du jugement (1).

[[Cela est incontestable. M. Dalloz, t. 1, p. 652, note 1, sans élever de difficulté à ce sujet, se demande quelle est la sanction de cette obligation imposée au juge. Il nous paraît évident que ce n'est pas la nullité du compromis. La loi du 22 frim. soumet seulement les arbitres au paiement intégral du droit à raison des actes non enregistrés, et c'est aussi ce qu'enseignent MM. Mongalvy, p. 120, n° 140, et de Vatimesnil, p. 578, n° 28. (*Voy.* encore M. Rolland de Villargues, *Répert.*, t. 2, p. 391, nos 50 et 51.)]]

3274. *Un compromis, par lequel des parties ont donné à des arbitres le pouvoir de décider toutes questions élevées ou qui pourraient s'élever sur l'exécution des actes qui font la matière de leur contestation, serait-il valable?* [[*Qelle est en général l'étendue de l'obligation imposée aux parties par l'art.* 1006?]]

La Cour de Turin, par arrêt du 4 avril 1808 (*Voy.* S. 9.2.163, et *J. A.*, t. 7, p. 48), a décidé qu'un tel compromis ne pouvait être attaqué comme ne renfermant pas une désignation suffisante des objets en litige.

Il en est de même de la déclaration faite dans le compromis que les parties soumettent aux arbitres un procès intenté en tel tribunal. (Rennes, 3e chambre, 13 déc. 1809; *J. Av.*, t. 16, p. 481.)

[[La Cour de Paris, 13 avril 1810 (*J. Av.*, t. 7, p. 63), a rendu une décision conforme, dans l'espèce d'un compromis, portant que les difficultés soumises aux arbitres se trouvaient expliquées dans les écritures respectivement signifiées, et la Cour de Bourges, le 14 juillet 1830 (*J. P.*, 3e éd., t. 23, p. 684), a jugé, en vertu des mêmes principes, que le compromis désigne suffisamment l'objet du litige quand les parties, s'expliquant à ce sujet d'une manière générale, conviennent de remettre aux arbitres l'état détaillé de leurs demandes et des points qui les divisent.

Il est une convention d'un usage assez fréquent, et qui rentre dans la même nature de stipulation : c'est celle par laquelle, en contractant une société, toutes les personnes qui en font partie conviennent de soumettre à la juridiction arbitrale toutes les contestations à naître de cet acte. L'objet du compromis est alors clairement déterminé, bien que les cas dans lesquels il doit intervenir soient encore inconnus. Quant au nom des arbitres, on comprend assez que le parti le plus prudent est d'attendre, pour procéder à cette désignation, que les circonstances la rendent nécessaire. On voit qu'une telle convention manque des caractères prescrits par l'art. 1006; aussi est-ce moins, à proprement parler, un compromis, qu'une promesse de compromettre à l'occasion d'un événement prévu, promesse d'ailleurs licite (2), et qui oblige les parties qui l'ont souscrite, quand la condition se réalise. Nous examinerons plus tard

---

(1) [Il doit être enregistré au droit fixe de 3 fr., lors même qu'il a lieu sur prorogation de juridiction du juge de paix.]

(2) [Dans un article fort étendu, notre savant et honorable ami, M. Championnière, a examiné la clause compromissoire sous toutes ses physionomies; il la déclare nulle, et cependant il pense que les tribunaux renonceront à l'application rigoureuse de la loi..... Nous regrettons qu'un esprit aussi judicieux ait cru devoir se prononcer pour l'annulation d'une clause qu'aucune loi ne défend expressément, et qu'il n'ait pas été arrêté par cette considération que c'était contrarier, sans nécessité, des volontés librement et légalement exprimées. Nous avons reçu, pendant l'impression, le cahier de la *Revue de Législation*, qui contient le travail de M. Championnière (t. 17, p. 241), ce qui ne nous permet pas de répondre en détail à ses objections.]

quelques effets particuliers de cette clause ; voy. *Quest.* 3279 *bis*, 3280, 3280 *bis*, 3281 *bis*, 3286 *ter*. Mais sa légitimité nous paraît à l'abri de toute controverse, aussi bien que l'exactitude des arrêts précités. Le débat auquel les arbitres sont appelés à mettre fin est suffisamment précisé, lorsqu'il est impossible, par le fait, qu'ils se trompent sur l'étendue de leur juridiction. Un détail minutieux de tous les points en litige offre même cet inconvénient, qu'il ne permet pas aux parties de modifier leurs prétentions dans le cours de l'instance, et que les arbitres sont tenus de statuer sur leurs conclusions primitives, à peine de nullité du jugement ; c'est ce qui résulte des termes de l'art. 1006.

C'est encore une conséquence de cet article que la sentence arbitrale doit être annulée toutes les fois que les arbitres ont excédé les limites de leur pouvoir, déterminées par le compromis ou par la nature même des choses.

Il a donc été décidé avec raison, par la Cour de Bruxelles, 30 mai 1810 (*J. Av.*, t. 4, p. 560), que de nouveaux arbitres ne peuvent remettre en question les points déjà décidés par les premiers, lorsque ceux-ci n'ont pas statué sur le tout par un seul et même jugement. (*Voy.* notre *Quest.* 3330.)

Par la Cour de Bordeaux, 29 juill. 1829 (*Bibl. du Comm.*, t. 6, p. 315), que lorsqu'une sentence arbitrale qui a fixé les droits des parties est renvoyée devant de nouveaux arbitres, parce que les premiers ont omis de prononcer condamnation au profit de la partie à laquelle est dû un reliquat de compte, ces nouveaux arbitres ne peuvent pas s'occuper de la révision du compte.

Lors même que les parties seraient convenues de soumettre toutes les difficultés à naître de l'exécution d'un acte au jugement d'arbitres, ceux-ci n'auraient point, par cela seul, le droit d'en prononcer la résiliation : c'est ce qui résulte d'un arrêt de Paris du 29 nov. 1808 (*J. Av.*, t. 7, p. 59). Il est d'ailleurs certain que les contestations sur l'inexécution d'un contrat ne constituent pas des contestations sur le contrat lui-même. Cass., 21 août 1828 (*J. P.*, 3e éd., t. 22, p. 321).

Mais, comme nous l'avons déjà dit, il ne faut pas entendre avec une rigueur judaïque l'obligation de rester dans les termes du compromis. Il est tels incidents, tels points accessoires, dont les parties ne parlent pas, mais qui sont tellement dépendants de la convention souscrite par elles, que leur intention de les soumettre au pouvoir des arbitres n'est pas susceptible de doute, et c'est ici l'intention qu'il faut avant tout consulter. Il nous est impossible de tracer des règles plus précises, en ce qui concerne des faits livrés à l'appréciation des magistrats. Il nous suffira de renvoyer à la solution de la question relative au droit des arbitres de condamner la partie qui succombe aux intérêts des sommes dues, aux dépens du procès, etc. Rappelons aussi deux arrêts de Bordeaux, 13 juill. 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 70) et de Nîmes, 13 janv. 1834 (*J. Av.*, t. 47, p. 453), qui décident, conformément à ces principes, le premier, que les arbitres nommés pour connaître d'une action au possessoire, lorsque le défendeur prétend qu'il est propriétaire de l'objet litigieux, sont compétents pour statuer à la fois sur le possessoire et sur le pétitoire ; le second, qu'il est permis aux arbitres choisis par des cohéritiers pour terminer une instance en partage, de constater les aveux des parties, et d'en apprécier les résultats pour la décision de la cause qui leur est soumise, bien que le compromis ne porte rien à cet égard.

On peut consulter, sur tous ces points, MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 719 ; DALLOZ, t. 1, p. 662 ; GOUBEAU, t. 1, p. 111 et 120 ; MONGALVY, p. 124, n° 147 ; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 654 ; DE VATIMESNIL, p. 584, n° 48 ; DEVILLENEUVE et MASSÉ, v° *Compromis*, n° 66. (*Voy.* enfin, sur notre *Quest.* 3386 *bis*, l'interprétation que nous donnons à ces mots de l'art. 1028 : *Si le jugement a été rendu hors des termes du compromis.*)]]

Art. 1006. Le compromis désignera les objets en litige et les noms des arbitres, à peine de nullité.

Rég. du 10 déc. 1627. — Cod. proc. civ., art. 1027, n° 2, 1028, n° 5. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Arbitrage*, nos 53 à 58, 121 à 126, 196 à 201 et 223. — Arm. Dalloz, *cod. verb.*, nos 352, à 379. — Devilleneuve, v° *Compromis*, nos 38 à 47. — Locré, t. 23, p. 437, n° 7.

Questions traitées : De ce que l'art. 1006 veut que le compromis désigne les noms des arbitres, à peine de nullité, doit-on conclure qu'un compromis qui les désignerait par des qualités fût nul, encore bien que cette désignation déterminât la personne d'une manière certaine? *Q.* 3275. — Dans le cas où l'arbitre est désigné par une qualité qu'il perdrait après le compromis, la personne qui lui succède en cette qualité lui est-elle nécessairement substituée comme arbitre? *Q.* 3276. — Si la personne revêtue de la qualité à laquelle les parties ont entendu attacher leur confiance n'acceptait pas l'arbitrage, serait-elle valablement remplacée par celui qui, dans l'ordre des fonctions que supposerait sa qualité, viendrait immédiatement après elle? *Q.* 3277. — Si, à défaut de désignation individuelle, on était convenu dans un acte qu'en cas de contestation, les arbitres seraient choisis dans telle classe, un tribunal, en événement qu'il eût à nommer des arbitres d'office, pourrait-il les prendre dans une autre classe? *Q.* 3278. — Si, en matière d'arbitrage forcé, un seul associé refuse de nommer son arbitre, le tribunal doit-il seulement nommer d'office cet arbitre et non ceux des autres associés? *Q.* 3279. — Quel est l'effet de la clause par laquelle des parties s'engagent à soumettre toutes les contestations à naître d'un contrat à des arbitres qu'elles ne désignent pas, lorsque l'une des parties refuse de procéder à cette nomination? *Q.* 3279 *bis*. — Si, par suite d'un acte où l'on se serait engagé à faire décider une contestation par voie d'arbitres, un tribunal, sur la demande d'une des parties, nommait d'office un arbitre pour l'autre partie qui refuserait d'indiquer le sien, en résulterait-il qu'elle aurait perdu le droit de désigner elle-même un autre arbitre? *En termes plus généraux :* En quels cas le tribunal arbitral est il censé censé constitué? *Q.* 3280. — Lorsque les arbitres sont nommés d'office par le tribunal, doivent-ils être choisis en nombre impair? *Q.* 3280 *bis*. — S'il s'élève devant les arbitres des contestations sur leur compétence, peuvent-ils prononcer sur ces contestations? *Q.* 3281.]

DC. Les arbitres n'ayant aucun caractère public, il est nécessaire que le compromis leur donne ce titre, en même temps qu'il offre pour les parties une garantie contre tout excès de pouvoir. Il faut donc que le compromis détermine le cercle de la compétence, et c'est pourquoi l'art. 1006 veut, à peine de nullité, qu'il désigne les objets en litige et les noms des arbitres (1).

3275. *De ce que l'art.* 1006 *veut que le compromis désigne les noms des arbitres, à peine de nullité, doit-on conclure qu'un compromis qui les désignerait par des qualités, fût nul, encore bien que cette désignation déterminât la personne d'une manière certaine?*

Nous pensons qu'une telle désignation serait suffisante. (*Voy.* notre *Quest.* 286.) Par exemple, dit M. Pigeau, t. 1, p. 20, si deux frères en contestation choisissaient pour arbitre leur frère unique, si les parties avaient nommé le maire de leur ville, on ne pourrait annuler le compromis, parce que cette désignation ne permet pas que l'on puisse élever le moindre doute sur la personne.

[[Cette décision, parfaitement équitable, est universellement admise.]]

3276. *Dans le cas où l'arbitre est désigné par une qualité qu'il perdrait après le compromis, la personne qui lui succède en cette qualité lui est-elle nécessairement substituée comme arbitre ?*

Si l'on a désigné un arbitre par une qualité, et que cette qualité soit susceptible de passer d'une personne à une autre, ce serait celle qui s'en serait trouvée revêtue au moment de la signature du compromis qui, seule, pourrait concourir à l'arbitrage. Par exemple, on désigne aujourd'hui pour arbitre, *dans*

---

(1) *Arbitri enim potestas ipso compromisso coercetur, ità ut ejus fines egredi non liceat.* (Loi 32, §§ 11, et 15; loi 25 ff. *de recept.*)

une contestation née, le maire de telle commune ou le juge de paix de tel canton, etc.; c'est la personne qui exerce actuellement les fonctions de maire ou de juge de paix qui remplira celle d'arbitre, et non pas la personne qui lui succéderait dans les premières; dans ce cas, le compromis cesserait, il faudrait une nouvelle désignation.

Il n'en serait pas de même s'il résultait du compromis que les parties eussent attaché leur confiance à telle personne qui serait revêtue de telle qualité. Supposons, par exemple, que, dans un contrat quelconque, notamment dans un acte de société, les parties fussent convenues qu'en cas de contestations, elles seraient jugées par des arbitres au nombre desquels serait le bâtonnier des avocats. Le jurisconsulte qui exercera cette honorable fonction au moment où s'élèverait la contestation, est évidemment celui qui devra concourir à l'arbitrage.

[[MM. DE VATIMESNIL, p. 583, n° 45; DEVILLENEUVE et MASSÉ, v° *Compromis*, n°s 70 et 71, et RODIÈRE, p. 15, reproduisent la distinction de M. Carré. Néanmoins le premier de ces auteurs paraît la trouver d'une application difficile, et nous partageons entièrement son avis. Lorsqu'un arbitre est désigné par sa qualité, il est difficile de distinguer si c'est à raison de son titre ou pour des motifs personnels que cette mission lui a été déférée. C'est donc, en ce cas, l'intention des parties qu'il faut rechercher avant tout, soit dans les termes de l'acte, soit dans les considérations les plus plausibles.

Ainsi, lorsque des avoués, notaires, etc., en souscrivant un contrat contenant une clause compromissoire, soumettent les contestations à naître de cet acte, à la *chambre de discipline* de leur ordre (1), évidemment ici, ce n'est pas à raison des personnes qu'ils se déterminent, mais à raison du caractère dont elles sont revêtues. C'est, par conséquent, à celles qui sont en fonctions lors de la naissance du débat qu'il y a lieu de le soumettre. Mais quand l'intention des parties est douteuse par elle-même et respectivement contestée, il semble plus raisonnable de croire qu'elles ont surtout considéré l'homme dans celui qu'elles ont désigné par son titre ou ses fonctions, et d'admettre dès lors l'opinion de M. Carré.]]

3277. *Si la personne revêtue de la qualité à laquelle les parties ont entendu attacher leur confiance n'acceptait pas l'arbitrage, serait-elle valablement remplacée par celui qui, dans l'ordre des fonctions que supposerait sa qualité, viendrait immédiatement après elle?*

C'est l'opinion de M. MERSON, dans son *Traité de l'arbitrage forcé*, p. 29. Si donc il eût été convenu que l'un des arbitres serait le bâtonnier des avocats de tel barreau, et que l'autre serait le doyen des avoués de tel tribunal, et qu'il y eût de leur part empêchement ou refus, on appellerait, suivant cet auteur, celui qui, dans l'ordre du tableau, viendrait immédiatement après le bâtonnier ou le doyen dans lesquels les parties ont déclaré mettre leur confiance, et qu'aucune autre personne ne pourrait remplacer dans l'esprit de la convention.

Cette opinion peut être admise à l'égard d'un doyen de compagnie, corporation ou corps, quels qu'ils soient, parce qu'ici la qualité n'établit aucune présomption particulière de capacité ou de mérite que l'on puisse supposer avoir déterminé la confiance des parties. Mais lorsque la qualité a été acquise à la personne par un choix qui établit une semblable présomption, nous pensons

(1) [J'examine dans mon *Traité des Offices* quelle est la portée de cette clause, et sous quels rapports elle est susceptible d'être critiquée.]

qu'aucune autre, en cas d'empêchement ou de refus, ne peut remplacer la personne revêtue de la qualité exprimée dans le compromis. Ainsi, par exemple, le bâtonnier des avocats ne peut être remplacé par un autre avocat, même par celui qui serait le premier inscrit sur la première colonne du tableau. La Cour royale de Rennes, dans une espèce où *le bâtonnier* avait été remplacé par un avoué, a formellement décidé, le 13 mars 1823, qu'aucun autre que l'avocat exerçant les fonctions de bâtonnier ne pouvait être substitué à celui qui avait refusé l'arbitrage.

Bien plus, les arbitres ayant été désignés dans cette même espèce et par un acte de société pour statuer *comme amiables compositeurs*, la Cour a jugé que le bâtonnier refusant de concourir à l'arbitrage, cette clause ne pouvait subsister, et elle a renvoyé les parties à convenir de nouveaux arbitres, conformément à l'art. 51 du Code de commerce. C'est qu'en effet, il est présumable que des parties qui sont convenues d'avoir pour arbitre le bâtonnier des avocats, n'ont consenti l'amiable composition que sous cette condition, dont elle est inséparable.

[[Nous partageons cette manière de voir, avec M. Dalloz, t. 1, p. 662, note 2.]]

3278. *Si, à défaut de désignation individuelle, on était convenu dans un acte qu'en cas de contestation, les arbitres seraient choisis dans telle classe, un tribunal, en événement qu'il eût à nommer des arbitres d'office, pourrait-il les prendre dans une autre classe ?*

Non [[évidemment]]; la clause doit recevoir étroitement son exécution, soit de la part des parties, si toutes ne sont pas d'accord pour y déroger, soit de la part du tribunal. Cette doctrine, dit M. Merson, p. 28, qui ne fait que confirmer le principe que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et aux tribunaux qui sont appelés à en connaître, a été consacrée par un arrêt de la Cour royale de Paris du 6 août 1810. (*Voy. J. Av.*, t. 7, p. 65.)

3279. *Si, en matière d'arbitrage forcé, un seul associé refuse de nommer son arbitre, le tribunal doit-il seulement nommer d'office cet arbitre et non ceux des autres associés?*

Cette question a été diversement jugée, à raison de la contexture de l'art. 55 Cod. comm. (1), combiné avec l'art. 429, Cod. proc. civ. Les Cours de Rouen et de Montpellier avaient décidé que, les arbitres devant être nommés par une convention mutuelle et unanime de toutes les parties, le tribunal devait, hors ce cas, les nommer tous.

Mais, par arrêt des 5 juin 1815, 9 et 10 avril 1816 (*J. Av.*, t. 4, p. 608), la Cour de cassation a déclaré qu'une semblable décision présentait une fausse application, 1° de l'art. 55, Cod. comm., parce qu'il est évident, d'après son propre texte, que les juges ne peuvent nommer des arbitres que pour celles des parties qui refusent de les nommer elles-mêmes; 2° de l'art. 409, Cod. proc. civ., parce qu'il dispose, non pour la nomination d'*arbitres juges*, mais pour la nomination d'*arbitres experts*, chargés uniquement de donner leur avis sur un procès, ou de concilier les parties.

---

(1) L'art. 55, Cod. comm., est ainsi conçu: « En cas de refus de l'un ou de plusieurs « des associés de nommer des arbitres, les « arbitres sont nommés d'office par le tri- « bunal de commerce. »

Par arrêt de 1816, la Cour ajoute : violation de l'art 53, Cod. comm., qui donne à chaque associé le droit de nommer son arbitre sans le concours ou l'agrément de son coassocié.

Cette jurisprudence, comme le remarque M. MERSON, p. 34 et 35, est conforme à la doctrine de MM. Pardessus, Locré et Delvincourt, à l'art. 9, tit. 4, de l'ordonnance de 1673, et à ce qui fut d'ailleurs entendu lors de la discussion du projet du Code de commerce au conseil d'État (1).

[[Aux arrêts précités de cassation, ajoutez d'autres arrêts de Paris, 6 août 1810 (*J. Av.*, t. 7, p. 65) ; Lyon, 21 avril 1823, 23 août 1824 et 4 juill. 1825 ; Bordeaux, 15 nov. 1827 (*J. Av.*, t. 25, p. 161 ; t. 27, p. 174, et t. 29, p. 312; *J. P.*, t. 21, p. 870; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.2.321; 7.2.197); Metz, 11 janv. 1833 (*J. P.*, 3e édit., t. 25, p. 31), qui ont résolu la question dans le même sens, et ne permettent plus le doute sur ce point. *Voy.* aussi l'opinion conforme de M. SOUQUET, *Dictionn. des temps légaux*, v° *Arbitrage*, 5e col., n° 78.]]

[[**3279** bis. *Quel est l'effet de la clause par laquelle des parties s'engagent à soumettre toutes les contestations à naître d'un contrat à des arbitres qu'elles ne désignent pas, lorsque l'une des parties refuse de procéder à cette nomination?*

Nous avons, sous la *Quest.* 3274, admis, comme incontestable, la validité d'une telle clause, en tant que promesse de compromettre lors d'un événement prévu. MM. MERLIN, *Supplément aux questions de droit*, t. 7, v° *Arbitre*, § 15, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 654, contestent cependant que les parties soient obligées par une convention qui ne satisfait pas au vœu de l'art. 1006, et leur opinion est consacrée d'une manière encore plus explicite par un arrêt de Limoges, 24 nov. 1832 (*J. Av.*, t. 44, p. 187), d'où il résulterait qu'à la survenance du débat, chacun des contractants serait en droit de se refuser à la nomination d'un arbitre et d'anéantir ainsi par le fait la convention commune. Ajoutons néanmoins que cette doctrine et les conséquences qui en résultent sont généralement repoussées, et que la validité de cette promesse est implicitement reconnue par presque tous les auteurs, ainsi que par les arrêts qui ont eu à statuer sur les contestations auxquelles elle a pu donner lieu (2). *Voy.* notamment M. Carré sur la question suivante; MM. GOUBEAU, t. 1, p. 120; de VATIMESNIL, p. 584, n° 49; DEVILLENEUVE et MASSÉ, v° *Compromis*, n° 74 *bis*, RODIÈRE, t. 3, p. 39. Enfin, presque toutes les compagnies d'assurances insèrent cette clause dans leurs polices, ce qui prouve que sa validité ne fait aujourd'hui l'effet d'aucun doute. Il est dès lors certain que nulle partie ne peut se soustraire à l'exécution de son engagement, et que, faute par elle de procéder à la nomination de son arbitre, nécessitée par la survenance du débat prévu, cette nomination devra être faite d'office par le tribunal, sur la demande des autres contractants, ce qui établit une grande analogie entre ce cas et celui de l'arbitrage forcé, et lui rend par conséquent applicables plusieurs décisions rendues en cette dernière matière.

---

(1) Il est à remarquer en outre que, par l'arrêt du 10 avril 1816, la Cour suprême a décidé que « lorsque l'un de plusieurs as- « sociés ayant un intérêt commun, refuse « d'accéder à la nomination de l'arbitre « choisi par les consorts, cette nomination « est sans effet, et le tribunal, dans ce cas, « nomme pour tous les intéressés. » C'est qu'en effet, dit M. Merson, les arbitres représentant moins les personnes que les intérêts, il serait absurde que, dans un tribunal d'arbitres, un seul intérêt fût représenté par plusieurs.

(2) [Elle l'est aussi, explicitement, par un arrêt de Colmar 24 août 1833 (*J. Av.*, t. 50, p. 158).]

Ainsi l'arrêt de Paris, 6 août 1810 (*J. Av.*, t. 7, p. 65), qui décide que le tribunal doit nommer un arbitre pour l'associé qui refuse de procéder à ce choix, et ne peut, à raison de ce fait, se saisir de la contestation; ainsi encore les arrêts cités sur la question précédente, qui établissent que le tribunal n'est en droit de nommer des arbitres que pour les parties qui s'y refusent, et non pour celles qui consentent; enfin, l'arrêt de cassation du 10 avril 1816 (*J. Av.*, t. 4, p. 608), qui attribue aux juges civils la nomination d'un arbitre pour plusieurs parties ayant un intérêt commun, mais en désaccord sur ce choix; toutes ces décisions, rendues en matière d'arbitrage forcé, s'appliquent incontestablement à l'arbitrage volontaire stipulé d'avance dans un contrat.

Nous ferons encore observer, avec un arrêt de cassation du 21 nov. 1832 (*J. Av.*, t. 44, p. 185), que, pour avoir rendu un premier jugement sur les conclusions des parties, les arbitres ne sont pas censés, dans l'espèce qui nous occupe, avoir épuisé leur juridiction, et qu'ils sont compétents pour rendre sur de nouvelles conclusions une seconde sentence, pourvu qu'ils se trouvent dans le délai légal ou conventionnel du compromis. La Cour de Poitiers, le 18 juill. 1820 (*J. Av.*, t. 4, p. 6'6), a même admis une autre dérogation bien plus importante aux règles ordinaires de l'arbitrage, en jugeant que, lorsque les arbitres n'ont pas prononcé dans le délai de la loi, les parties ne sont pas pour cela dégagées de l'obligation de soumettre leur différend à la juridiction volontaire, et que, faute par elles de s'entendre, relativement à une seconde nomination, les tribunaux doivent y procéder d'office. Cette décision nous paraît encore bien fondée, car il ne dépend pas d'une partie de se dégager de l'obligation qu'elle a contractée, à l'occasion d'un fait qui n'en rend pas l'exécution impossible. Un consentement mutuel peut seul détruire ce qu'un consentement mutuel a établi.]]

3280. *Si, par suite d'un acte où l'on se serait engagé à faire décider une contestation par voie d'arbitres, un tribunal, sur la demande d'une des parties, nommait d'office un arbitre pour l'autre partie qui refuserait d'indiquer le sien, en résulterait-il qu'elle aurait perdu le droit de désigner elle-même un autre arbitre?*

[[En termes plus généraux : *En quels cas le tribunal arbitral est-il censé constitué?*]]

Il est évident, d'après l'art. 1006, que les parties ne peuvent se soumettre à des arbitres sans les désigner. Tel est l'esprit du législateur, qui ne considère l'arbitrage comme convenable et légitime qu'autant que les parties ont confiance dans les lumières et l'intégrité des juges privés auxquels la décision de leurs contestations est soumise.

Ainsi la Cour de cassation, par arrêt du 14 fév. 1809 (*Voy.* Sirey, *DD.*, p. 67 et suiv., et *J. Av.*, t. 4, p. 551), a résolu négativement la question que nous venons de poser, et déclaré que la nomination faite d'office était purement *comminatoire*, en sorte que, malgré le jugement qui la prononcerait, fût-il même acquiescé, la nomination faite par la partie rendrait sans effet celle du juge : mais il faut remarquer qu'il en serait autrement, si l'arbitre nommé d'office était entré en fonctions.

[[L'arrêt de la Cour de Paris, attribué à tort par M. Carré à la Cour de cassation, nous paraît conforme aux véritables principes (*Voy.*, conf., M. Souquet, *Dict. des temps légaux*, v° *Arbitrage*, 28° tabl., 5° col., n° 83. *Voy.* cependant Bruxelles, 25 nov. 1829, *Journ.* de cette Cour, 1830, 1.197). De décisions rendues, il est vrai, en matière d'arbitrage forcé, mais applicables à l'espèce qui nous occupe, ainsi que nous l'avons dit sur la question précédente, il résulte

1° Que l'opposition formée au jugement par défaut qui nomme un arbitre pour la partie qui ne s'est pas présentée, conserve à celle-ci la liberté de son choix. Bordeaux, 18 juin 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 183), et Paris, 25 mars 1814 (*J. Av.*, t. 4, p. 586).

2° Que la partie qui refuse de nommer un arbitre, en soulevant une question préjudicielle, est encore en droit de le désigner, lorsqu'il a été statué sur cette question; Bordeaux, 15 nov. 1827 (*J. P.*, 3e éd., t. 21, p. 870).

3° Que c'est par sa comparution volontaire devant les arbitres que la partie se rend définitivement non recevable à faire une autre désignation, qu'ils aient été choisis par le tribunal, ou même par la majorité d'entre eux; Cassat., 12 mai 1818 et 25 mars 1829 (*J. Av.*, t. 35, p. 343, et t. 41, p. 517).

Mais lorsque cette partie ne fait aucun acte, qu'elle n'oppose qu'une résistance en quelque sorte passive à l'exécution du compromis, on peut se demander à quelle époque le tribunal arbitral sera, vis-à-vis d'elle, réputé constitué? Il nous paraît que les compromettants qui entendent jouir du bénéfice de la juridiction volontaire, doivent sommer les arbitres de commencer leurs opérations dans un délai déterminé, et mettre le défaillant en demeure de comparaître devant eux et de leur remettre les pièces : faute par lui de faire une autre désignation avant l'échéance de ce terme, le tribunal sera constitué valablement; les opérations se poursuivront comme si toutes les parties avaient coopéré à sa formation et la sentence à intervenir produira les mêmes effets.

Voy. t. 2, p. 105, notre *Quest.* 663, § 1er, 3°.]]

[[**3280** bis. ***Lorsque les arbitres sont nommés d'office par le tribunal, doivent-ils être choisis en nombre impair?***

L'art. 303, Cod. proc. civ., relatif aux experts proprement dits et l'art. 419, en ce qui touche les arbitres experts, disposent formellement que les uns et les autres doivent être désignés au nombre de trois ou d'un seul, d'où la Cour de Nîmes, 10 fév. 1809 (*J. Av.*, t. 16, p. 469), a conclu que le jugement portant nomination de *deux* arbitres est nul, aussi bien que la sentence arbitrale qui en est la conséquence. Nous avons, en rapportant cet arrêt, *loco citato*, critiqué l'assimilation sur laquelle il se fonde. Il est évident que les arbitres ne sont pas des experts, et dès lors la fixation de leur nombre est abandonnée aux convenances des parties et par conséquent à la sagesse du tribunal appelé à faire ce choix à leur place. La nomination de juges en nombre pair présente, il est vrai, des inconvénients; mais l'art. 1017 les prévoit et indique le moyen de les éviter. Notre opinion a été admise par M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 674 et consacrée, en matière d'arbitrage forcé, par un arrêt de Bordeaux, 15 nov. 1827 (*J. P.*, 3e éd., t. 21, p. 870; *Voy.* aussi, conf., M. SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, v° *Arbitrage*, 27e tabl., 5e col., nos 80 et 81).]]

3281. ***S'il s'élève devant les arbitres des contestations sur leur compétence, peuvent-ils prononcer sur ces contestations?***

De ce que l'art. 1006 veut que le compromis désigne, à peine de nullité, les objets en litige, et de ce qu'aux termes de l'art. 1028, les arbitres ne peuvent juger hors des termes du compromis, afin que les parties aient une garantie contre l'excès de pouvoir, on avait cru pouvoir tirer la conséquence qu'ils ne pouvaient statuer sur les difficultés élevées par rapport à leur compétence pendant le cours de l'arbitrage, soit qu'on voulût l'étendre, soit qu'on voulût la restreindre, et l'on pensait généralement qu'en ces circonstances les arbitres devaient renvoyer les parties se pourvoir devant les tribunaux.

Cette opinion, que nous avions adoptée dans notre *Analyse, Quest.* 2999

avait pour appui les décisions ci-dessous indiquées (1) ; mais elle a été rejetée par arrêt de la Cour de cassation du 28 juill. 1818 (S., 1819.2.12; *J. Av.*, t. 4, p. 535), attendu :

1° Qu'en thèse générale, tout juge, même d'exception, peut statuer sur sa propre compétence;

2° Que les arbitres sont des juges, relativement aux parties qui les ont nommés, puisque la loi ordonne l'homologation de leur sentence et en garantit l'exécution;

3° Qu'aucune loi ne leur interdit de connaître eux-mêmes de leur propre compétence, dans les matières surtout qui n'exigent pas la communication au ministère public;

4° Qu'il n'en peut résulter aucun inconvénient, l'art. 1028 autorisant les parties à former opposition et à demander l'annulation de toute sentence arbitrale contenant excès de pouvoir;

5° Qu'enfin, s'il est vrai que les arbitres doivent se renfermer dans les termes du compromis, le pouvoir de statuer sur leur compétence, lorsqu'il n'est pas formellement exprimé dans cet acte, s'y trouve du moins nécessairement et d'une manière implicite; dès lors qu'il est la conséquence naturelle du caractère du juge dont les parties avaient investi les arbitres (2).

Tenons donc pour certain qu'en principe les arbitres ont pouvoir de juger tout incident concernant leur compétence, et juger ensuite au fond, sauf aux parties à se prévaloir des dispositions de l'art. 1028, n° 1, si les arbitres avaient prononcé sur des questions étrangères au compromis.

[[C'est aussi l'avis de MM. Favard de Langlade, t. 1, p. 197, Mongalvy, p. 50, n° 52 et le nôtre. Ajoutons toutefois, avec la Cour de Paris, 25 mars 1814 (*J. Av.*, t. 4, p. 586), que les arbitres ne sont pas juges de la validité de leurs pouvoirs, et qu'ils ne peuvent par conséquent procéder à l'arbitrage, lorsqu'ils sont nommés par un jugement dont est appel.]]

Art. 1007. Le compromis sera valable, encore qu'il ne fixe pas de délai; et, en ce cas, la mission des arbitres ne durera que trois mois, du jour du compromis.

---

(1) 1° Arrêt de la Cour de Paris, du 13 déc. 1808 (voy. *S.*, 1809, *DD.*, p. 188; *J. Av.*, t. 4, p. 535); des arbitres dont le pouvoir de statuer sur une question élevée devant eux est contesté par une des parties, n'ont pas le droit de décider s'ils sont compétents pour en connaître, parce que ce droit appartient exclusivement aux tribunaux;

2° Arrêt de la même Cour (voy. *S.*, *ibid.*, p. 189). Ce n'est point au tiers arbitre, aussi incompétent pour juger la compétence que les arbitres eux-mêmes, à vider le partage sur une question de cette nature; mais c'est aux juges ordinaires à le faire cesser, en déterminant d'une manière précise l'étendue et les bornes du pouvoir donné aux arbitres;

3° Arrêt de la Cour de Rennes, du 16 fév. 1810 (voy. *J. des arrêts de cette Cour*, t. 1, p. 30; *J. Av.*, t. 4, p. 535). Des arbitres chargés de régler un compte de société ne peuvent statuer sur la question de savoir quel était le temps de la durée de la société, et ils agissent avec sagesse en se déclarant incompétents.

(2) Ainsi, un arrêt de la Cour de Paris, du 22 mai 1813, rapporté au *J. Av.*, t. 4, p. 594, et qui avait décidé que si des arbitres procédaient en matière de commerce, en vertu d'arrêt d'une Cour royale, cette Cour était compétente pour statuer sur tout ce qui était relatif à leur mission et à leur pouvoir, ne serait aujourd'hui d'aucune considération, puisque, suivant l'arrêt du 28 juill. 1818, cité ci-dessus, les arbitres auraient eux-mêmes pouvoir pour statuer sur ces objets, dès lors qu'ils peuvent connaître de leur compétence; mais si elle leur semblait douteuse, ils auraient sans doute la faculté de renvoyer les parties devant la Cour, afin de lui demander interprétation pour application de son arrêt.

Ordonn. du 10 sept. 1627, art. 3.— Loi du 16 août 1790.— Cod. comm., art. 54. — Cod. proc. civ., art. 1012, 1014, 1015, 1018 et 1028. — [Notre Dict. gén de proc. civ., vº *Arbitrage*, nºs 224 à 268. — Arm. Dalloz, *eod. verbo*, nºs 547 à 601. — Devilleneuve, *eod.verb.*, nºs 25 à 43.

QUESTIONS TRAITÉES : De quelle époque court le délai accordé aux arbitres pour remplir leurs fonctions? 3281 *bis*. — Si les parties, craignant que le délai qu'elles auraient fixé ne fût insuffisant, autorisaient les arbitres à le proroger, sans néanmoins déterminer elles mêmes le terme de la prorogation, les arbitres pourraient-ils le porter au delà de trois mois? *Q*. 3282. — Lorsque des arbitres sont nommés par un concordat, pour juger les difficultés qui pourraient naître à son occasion, vérifier les créances, etc , et que le terme du pouvoir des arbitres n'est pas indiqué, le délai sera-t-il seulement de trois mois, malgré la longueur présumée des opérations arbitrales? *Q*. 3282 *bis*. — Lorsque les parties ont fixé un délai, avec faculté aux arbitres de le proroger, s'ensuit-il que celle d'entre elles qui ne se serait pas mise en état dans le premier délai soit autorisée à le faire dans le second? *Q*. 3283 — Un mandataire peut-il, en vertu du pouvoir qu'il a eu de compromettre, consentir à une prorogation de délai, lorsque, soit celui qui a été fixé par le compromis, soit celui que la loi détermine, est expiré? *Q* 3284.— La prorogation de pouvoirs, accordée aux arbitres, doit-elle être rédigée par écrit ou bien résulte-t-elle de faits tels que la présence des parties aux opérations postérieures, au jugement, etc.? *Q*. 3284 *bis*.—Une partie qui a poursuivi l'ordonnance d'*Exequatur* d'un jugement arbitral, rendu après l'expiration du délai, peut-elle ensuite en demander la nullité ? *Q*. 3285 (1).]

[[**3281** bis. *De quelle époque court le délai accordé aux arbitres pour remplir leurs fonctions?*

L'art. 1007 résout formellement la question en ce qui touche le délai légal de trois mois, dont il place le point de départ à la confection du compromis. On peut induire de là que c'est du même moment que doit courir le délai conventionnel accordé aux arbitres, sauf convention contraire ; car ce n'est pas seulement le délai, mais encore son point de départ que la loi a voulu établir, à défaut de stipulation expresse des parties seulement.

Le délai ne commence donc pas à courir seulement du jour de l'acceptation des arbitres, et cela lors même que, les premiers arbitres ayant refusé leurs fonctions, les parties auraient dû procéder à leur remplacement et perdre, par conséquent, un temps plus ou moins considérable. C'est ce qu'a formellement jugé la Cour de cassation, le 10 nov. 1829 (*J. P.*, 3e éd., t. 22, p. 1491), et la Cour de Pau, 3 juill. 1833 (*J. Av.*, t. 49, p. 614), a, conformément aux mêmes principes, annulé une sentence rendue plus de trois mois après le compromis, dans une espèce où les parties avaient fixé le point de départ à l'acceptation écrite des arbitres, mais où en même temps cette acceptation n'était pas rapportée.

A plus forte raison ne faut-il pas dire que le délai ne commence à courir que du moment de la remise des pièces aux arbitres, et c'est à tort que la Cour de Turin, 8 mars 1811 (*J. P.*, 3e éd., t. 9, p. 151), a décidé le contraire ; ou de la comparution des parties devant eux, nonobstant un jugement du tribunal de la Seine, 31 juill. 1828 (*Gazette des Tribunaux* du 1er août).

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° Quand, sur l'appel d'un jugement portant nomination d'arbitres et exécutoire nonobstant appel, la Cour prononce la remise de la cause à un autre jour, *toutes choses demeurant en état, du consentement des parties*, ce renvoi suspend de plein droit le délai de l'arbitrage. Les renvois ultérieurs, prononcés successivement en cet état de surséance, sont présumés ordonnés sous la même condition, et produisent le même effet. Cass., 1er juill. 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 244; DEVILL., *Collect. nouv.*, 7.1.281 ;)

2° Il n'est pas prescrit, à peine de nullité, que les arbitres qui prononcent après le délai du compromis, énoncent l'acte qui a prorogé leurs pouvoirs, lorsqu'il est certain d'ailleurs qu'ils ont eu connaissance de cet acte. Florence, 3 juin 1811 (*J. Av.*, t. 7, p. 68; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.2.503) ;

3° Lorsque les parties, dans un compromis, donnent pouvoir aux arbitres de juger sans *surannation*, ils les autorisent par là à proroger le délai légal. Poit., 22 juill. 1819 (*J. Av.*, t. 7, p. 82 ; DEVILL., *Collect. nouv.*, 6.2.1117).]

Le motif de cette doctrine nous paraît concluant. La loi ne veut pas que les arbitres, par des préliminaires sans importance, éternisent le procès qui leur est soumis. Elle laisse d'ailleurs toute latitude aux parties pour fixer le délai qu'elles jugent convenable et le proroger, s'il y a lieu. Mais s'il s'est écoulé un temps plus ou moins considérable, pendant lequel la négligence ou la fraude ont paralysé l'instance, il faut que chacun des plaideurs puisse se désister : c'est ce qu'a voulu la loi, et ce qui n'aurait pas lieu s'il suffisait, pour prolonger le débat, de placer le retard à son commencement.

Nous croyons donc qu'il faut prendre pour point de départ l'époque du compromis. Telle est aussi l'opinion de M. Rodière, t. 3, p. 15.

Mais il est deux espèces particulières dont nous nous sommes déjà occupé et qui, de leur nature, semblent exiger une dérogation à cette règle : celle où les parties en passant un contrat, s'engageraient à soumettre à des arbitres toutes les contestations à naître de son exécution ; celle où, par suite soit de cette clause, soit de conventions particulières, le choix des arbitres serait remis à la discrétion des tribunaux.

Dans ce dernier cas, la raison de défiance qui fait courir le délai du jour du compromis n'existe véritablement plus, puisque, à la première réquisition des parties, ou seulement de l'une d'elles, le tribunal désignera d'office les juges arbitraux. Dans le premier, il est évident que le délai après lequel doit être terminée la contestation ne peut courir, tant que la contestation elle-même n'existe pas, tant qu'elle est au nombre des faits éventuels et incertains.

La Cour de Lyon, 26 avril 1826 (*J. P.*, 3e éd., t. 20, p. 425), a jugé, dans la première hypothèse, que le délai doit courir du jour où la contestation s'est élevée.

Le principe de cette solution est juste, mais l'application en paraît difficile ; car comment déterminer cet instant ?

Il nous semble qu'il faut se reporter au premier acte fait par l'une des parties afin d'engager l'instance arbitrale.

En supposant des arbitres nommés d'office par le juge, on peut encore se demander de quel moment courra le délai (1). Est-ce de leur nomination? est-ce de la signification qui leur en sera faite? Les deux opinions paraissent tour-à-tour avoir été adoptées par la Cour de Bruxelles, les 21 juin 1821 et 31 oct. 1823 (*Journ.* de cette Cour, 1823, t. 2, p. 301) (2); mais remarquons que, dans la dernière espèce, le juge avait expressément déclaré que le délai courrait de la signification, et, en établissant ce point de départ, il était évidemment dans son droit, comme l'eussent été les parties elles-mêmes. A défaut de cette fixation, il nous paraît plus conforme aux principes de faire courir le délai à partir de la nomination, puisque, dès ce moment, les parties sont libres, par la signification du jugement, de procéder à l'instance arbitrale. *Voy.* en ce sens, Toulouse, 1er août 1823 (*J. P.*, 3e éd., t. 18, p. 91).

Quant au délai lui-même, il suffit de dire, avec M. Thomine Desmazures, t. 2, p. 657, qu'il se compte de quantième du mois en quantième du mois. MM. Thomine Desmazures, *loco citato*, et Souquet, *Dict. des temps légaux*, v° *Arbitrage*, au 23e tabl., 5e col., n° 5, pensent que le délai est franc; c'est ce qu'a jugé la Cour d'Agen, le 8 nov. 1830 (*J. P.*, 3e éd., t. 23, p. 818); M. Bellot, t. 2, p. 144, décide cependant le contraire, par application de la doctrine de M. Merlin sur les Délais; et cette doctrine de M. Merlin est combattue par

(1) [Ce délai sera de trois mois, sauf convention contraire des parties ; c'est à celles-ci seulement et non aux juges que l'art. 1007 permet de fixer un autre délai.]

(2) [Ces arrêts sont rendus en matière d'arbitrage forcé, où la nomination d'office, à défaut d'accord des parties, est la règle générale; mais cela importe peu.]

M. SOUQUET, *Dict. des temps légaux, Introduction*, chap. 2, *voy.* nos questions sur l'art. 1033.]]

3282. *Si les parties, craignant que le délai qu'elles auraient fixé ne fût insuffisant, autorisaient les arbitres à le proroger, sans néanmoins déterminer elles-mêmes le terme de la prorogation, les arbitres pourraient-ils le porter au delà de trois mois?*

M. PIGEAU, t. 1, p. 21, résout négativement cette question; et tel est aussi l'avis de M. BOUCHER, p. 314, n° 706.

[[Il est incontestable que les parties ont le droit de proroger le délai de l'instance arbitrale, et de transporter ce droit aux arbitres qui sont généralement plus en état qu'elles-mêmes d'apprécier le temps qui leur est nécessaire pour terminer leurs opérations. Nous tenons également pour certain qu'en leur attribuant cette faculté, les parties ne sont point tenues de fixer le délai de la prorogation, nonobstant l'avis contraire de M. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 198. Assurément, s'il est un délai qui doive être déterminé, c'est celui du compromis, et cependant l'art. 1007 permet aux parties de ne point s'expliquer à cet égard. Il doit en être de même, à plus forte raison, en ce qui touche la prorogation.

Mais quel effet faut-il attribuer au droit de proroger, accordé d'une manière générale? Permet-il aux arbitres d'augmenter successivement et indéfiniment la durée de leur mandat? Faut-il, au contraire, par analogie de la dernière disposition de l'art 1007, fixer ce délai à trois mois? Enfin, et en quelques termes que les parties se soient exprimées, cette dernière fixation doit-elle être appliquée dans tous les cas?

Sur ces divers points, comme on le voit, M. Carré ne s'explique pas d'une manière bien explicite. Il se contente de rappeler l'avis de MM. Pigeau et Boucher, qui enseignent que le délai n'excédera jamais trois mois.

M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 657, sur la fixation de ce délai établit la distinction suivante: Le terme fixé primitivement par le compromis était-il moindre de trois mois? Celui de la prorogation se composera du complément; était-il plus considérable? Il faudra, au délai conventionnel, ajouter le délai légal tout entier, qui servira de limite à la prorogation de l'arbitrage.

Il est difficile d'imaginer rien de plus arbitraire que cette distinction, fertile d'ailleurs en conséquences étranges. Si les arbitres ont eu quatre-vingt-neuf jours pour juger, avec pouvoir de proroger le terme, ce pouvoir ne leur permettra de disposer que d'un jour, et si quelques heures de plus leur avaient été accordées, ils auraient trois mois! D'ailleurs, si l'on veut appliquer à la rigueur l'art. 1007, le terme que fixe cette disposition étant invariable, pourquoi celui de la prorogation pourrait-il changer? Aussi la plupart des auteurs inclinent-ils à l'opinion qui le fixe, dans tous les cas, à trois mois. *Voy.* en ce sens MM. MONGALVY, p. 119, n° 151; GOUBEAU, t. 1, p. 129; PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 720; BELLOT, t. 2, p. 113; SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, v° *Arbitrages*, 24e tabl., 1re col., § *prorogation*, et un arrêt de Toulouse, 13 déc. 1833 (*J.P.*, 3e éd., t. 25, t. p. 1058; DEVILL, 1834.2.249).

M. DE VATIMESNIL, p. 585, n° 54, fait cependant observer qu'il est injuste d'appliquer la fixation d'office de l'art. 1007, laquelle suppose une négligence des parties, à l'hypothèse où ces parties, transférant leur droit aux arbitres, leur laissent le soin de déterminer le temps qui leur est nécessaire : c'est là une convention parfaitement licite, et les parties ont à s'imputer les retards et les inconvénients qui peuvent en résulter. Tel est également l'avis de M. DALLOZ, t. 1, p. 712, not. 2.

Ces observations nous paraissent en elles-mêmes bien fondées; évidemment,

on ne peut dire ici que les parties ont oublié ou négligé de déterminer la durée de l'arbitrage, seul cas auquel s'applique la fixation de trois mois. Ainsi, pour se régler sur cette disposition, il faudrait aller jusqu'à soutenir que les parties n'ont pas le droit de laisser aux arbitres la fixation du temps dont ils croiront avoir besoin, ce qui ne nous paraît conforme ni à la loi, ni à la raison, comme l'a d'ailleurs jugé la Cour de Paris, 28 août 1828 (*Courrier des Tribunaux*, n° du 4 septembre).

Conclurons-nous de là, comme semblent le faire MM. de Vatimesnil et Dalloz, que la prorogation du pouvoir des arbitres s'étend d'une manière indéfinie et tant qu'ils ne sont pas révoqués?

Nous ne pouvons le croire. C'est pour remédier à l'inconvénient résultant de cette indétermination qu'a été adoptée la disposition de l'art. 1007. Comment admettre que l'arbitraire et l'indéfini, repoussés de l'arbitrage par cet article, y rentrent par le fait de la prorogation? Il en résulterait que des arbitres négligents ou séduits, traîneraient impunément l'affaire en longueur, sourds aux réclamations d'une partie qui demanderait en vain à être jugée, ne serait-ce que pour se pourvoir contre leur décision.

Voici les règles qui, en cette matière, nous semblent les plus conformes à l'intention de la loi :

1° Les mêmes principes qui attribuent aux parties le droit de proroger la juridiction arbitrale veulent qu'elles aient aussi le droit de laisser aux arbitres le soin d'apprécier si une telle prorogation est nécessaire.

2° La règle qui permet aux parties de déterminer le délai qu'elles jugent convenable, autorise les arbitres investis de ce droit à en user comme elles-mêmes, c'est-à-dire à prendre un, trois, six mois et plus, selon qu'ils le jugent convenable.

3° Enfin, puisque, faute par les parties de fixer la durée du compromis, l'art. 1007 la limite à trois mois, ce terme serait aussi celui de la prorogation, si, avant l'expiration du premier délai, les arbitres n'en avaient point déterminé un autre.

Nous ne faisons d'ailleurs aucune difficulté d'admettre, avec M. Bellot, *loco citato*, que les arbitres ne peuvent pas plus établir de prorogations successives qu'une prorogation indéfinie. Une première fixation épuise leur pouvoir, et, dans le cas où elle ne serait pas suffisante, c'est aux parties à voir si elles entendent en autoriser une seconde.]]

[[**3282** bis. *Lorsque des arbitres sont nommés par un concordat, pour juger les difficultés qui pourraient naître à son occasion, vérifier les créances, etc., et que le terme du pouvoir des arbitres n'est pas indiqué, le délai sera-t-il seulement de trois mois, malgré la longueur présumée des opérations arbitrales?*

La Cour de Bourges, le 1er fév. 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 35), avait jugé que l'intention des parties ne peut être de restreindre le pouvoir des arbitres à un temps si court, puisque les opérations qu'elles leurs confient sont de nature à se prolonger pendant plusieurs années : cette Cour avait, en conséquence, validé le jugement intervenu six ans après le compromis, qu'elle considérait d'ailleurs moins comme un compromis proprement dit que comme une promesse de compromettre. Ce système a été repoussé par deux arrêts successifs de Cassat., 21 fév. 1826 et 25 juill. 1827 (*J. Av.*, t. 31, p. 71, et t. 33, p. 350; Devill., *Collect. nouv.*, 8.1.51).

Ces décisions de la Cour suprême nous paraissent bien fondées et conformes au vœu de la loi qui, faute par les parties de fixer un délai, en établit un de trois mois, lequel est le même dans tous les cas. Tous les inconvénients qu'on

prétendrait faire résulter de la généralité des termes de l'art. 1007 s'évanouissent devant cette considération, que les parties sont toujours libres de convenir d'un terme et de proroger les pouvoirs des arbitres, soit pendant les trois mois que la loi leur donne afin de procéder à leurs opérations, soit même après ce temps. Si elles négligent de remplir cette formalité et de manifester ainsi leur intention, elles ne doivent pas se plaindre, si, sur la demande de l'une d'elles, le compromis est annulé.

Il n'est pas plus vrai de dire, avec la Cour de Bourges, que l'acte dont il est ici question ne renferme autre chose qu'une promesse de compromettre, ce qui d'ailleurs n'aurait d'autre effet que de faire courir le délai légal du moment des premières opérations, conformément à ce que nous avons dit sur la *Quest.* 328⁴. La promesse de compromettre suppose nécessairement un fait futur et éventuel, et il s'agit ici du règlement d'un concordat ouvert, ce qui fixe le point de départ du délai au jour du compromis.]]

3283. *Lorsque les parties ont fixé un délai, avec faculté aux arbitres de le proroger, s'ensuit-il que celle d'entre elles qui ne se serait pas mise en état dans le premier délai soit autorisée à le faire dans le second?*

Non, d'après l'avis de M. Pigeau, *ubi suprà;* et nous l'adoptons sans réserve.

[[Nous pensons que si les arbitres usent de la faculté de proroger que leur ont accordée les parties, celles-ci, dans le délai de la prorogation, sont en droit de produire les actes et pièces encore inconnus. L'opinion contraire, qu'adopte M. Carré et qu'il attribue à tort à M. Pigeau, nous paraît beaucoup trop rigoureuse, car la forclusion que pourraient faire valoir les arbitres contre une partie n'est écrite dans aucun article du Code ; au contraire, nous croyons pouvoir tirer de divers textes, la preuve qu'une partie a toujours le droit de produire ses pièces jusqu'à l'expiration du compromis, à quelque époque que ce soit. Et d'abord, l'art. 1009 décide *que les parties et les arbitres suivront, dans la procédure, les délais et les formes établis pour les tribunaux.* Les art. 75 à 82, 96 à 106, Cod. proc. civ., établissent ces délais et ces formes. Partout on y voit que les écritures qui ne seront pas faites dans tel ou tel délai ne passeront pas en taxe (art. 81 et 105); mais on n'y lit point de forclusions contre les parties, forclusions qui ressembleraient à des défenses d'éclairer les magistrats appelés à juger, en toute connaissance de cause, les contestations qui leur sont soumises. Nous allons plus loin... Les arbitres, à notre avis, sont plutôt des conciliateurs que des juges ; ils doivent accueillir, jusqu'au dernier moment, les observations de ceux qui les ont investis d'un pouvoir qui n'est nullement rigoureux.

Ce qu'a voulu dire M. Pigeau, ce qu'il a reproduit dans son *Comm.*, t. 2, p. 720, c'est que la faculté de proroger, accordée aux arbitres par le compromis, ne permet pas aux parties qui n'ont pas produit leurs pièces dans le temps fixé d'exiger que leurs juges usent du droit qu'elles leur ont réservé, et cette doctrine, enseignée également par M. DE VATIMESNIL, p. 586, n° 55, nous paraît à l'abri de toute controverse.]]

3284. *Un mandataire peut-il, en vertu du pouvoir qu'il a eu de compromettre, consentir à une prorogation de délai, lorsque, soit celui qui a été fixé par le compromis, soit celui que la loi détermine, est expiré?* [[*Les tribunaux, en cas de nomination d'office, ont-ils le même droit?*]]

Il n'est pas douteux que les délais de l'arbitrage peuvent être prorogés du consentement des parties ; mais nous croyons, comme plusieurs auteurs cités par M. BOUCHER, p. 345, n°787, que les mandataires des parties ne pourraient

proroger le délai sans un pouvoir exprès et spécial donné séparément, ou compris dans le mandat en vertu duquel ils auraient passé le compromis.

[[Cette opinion, adoptée par MM. MONGALVY, p. 130, n° 152; GOUBEAU, t. 1, p. 128, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 657, consacrée d'ailleurs par un arrêt de Cassat. du 18 août 1819 (*J. Av.*, t. 7, p. 84; DEVILL., *Collect. nouv.*, 6.1.117), est combattue par MM. DE VATIMESNIL, p. 586, n° 56, et BELLOT, t. 2, p. 11, dans le cas où le mandataire aurait reçu pouvoir général de compromettre.

Tout consiste à savoir, ce nous semble, si le mandataire a, ou non, pouvoir exprès de terminer l'affaire par la voie arbitrale. Si ce droit lui est attribué, nul doute qu'il ne puisse, faute par les arbitres de rendre leur sentence dans le délai fixé, en choisir de nouveaux, d'où la conséquence toute naturelle qu'il lui est permis de proroger le pouvoir des premiers.

Quant aux juges civils, dans tous les cas où ils sont investis du droit de nommer d'office les arbitres, soit par la convention, soit sur le refus des parties, ils ne sont pas des mandataires proprement dits; ce droit de nomination, leur est attribué pour qu'ils protégent une convention licite contre la résistance de l'une des parties. Il est certain, par la nature même de la clause compromissoire, que l'expiration des délais légaux n'emporte pas l'extinction du compromis, mais seulement celle du pouvoir des arbitres, en ce sens que les parties reprennent la faculté de désigner de nouveaux juges, faculté qu'ils n'ont perdue que sur leur refus formel de l'exercer. Si elles ne procèdent pas à ce choix, les juges, qui seraient alors tenus de nommer de nouveaux arbitres, sont libres, à plus forte raison, de proroger la juridiction des anciens, comme l'a décidé un arrêt de Cassat. du 14 juin 1830 (*J. P.*, 3e éd., t. 23, p. 579). *Voy.* d'ailleurs notre *Quest.* 3280.]]

[[**3284** bis. *La prorogation de pouvoirs accordée, aux arbitres, doit-elle être rédigée par écrit, ou bien résulte-t elle de faits tels que la présence des parties aux opérations postérieures, au jugement, etc.?*

La Cour de Bourges, 19 fév. 1825 (*J. P.*, 3e éd., t. 19, p. 199), a jugé que la prorogation du pouvoir des arbitres ne peut résulter que d'une déclaration expresse des parties, et la Cour de cassation, 2 mai 1827 (*J. P.*, 3e éd., t. 21, p. 404), quoique moins absolue, a exigé que la constatation de faits indiquant un consentement tacite fût rédigée par écrit, de manière à ne laisser aucun doute sur leur existence et leur portée. M. MONGALVY, p. 133, n° 155, se prononce également en faveur de cette opinion, et il se fonde sur l'art. 1012, aux termes duquel, à l'expiration du délai fixé, le compromis cesse *de plein droit*, ce qui repousse la supposition que les parties puissent, par des actes postérieurs, se rendre non recevables à arguer d'une nullité aussi énergiquement formulée.

Cette conséquence nous paraît beaucoup trop rigoureuse; tout ce que l'on peut induire de l'art. 1012, c'est que le compromis ayant pris fin par l'expiration du terme fixé, il s'agit, en quelque sorte, d'un nouveau compromis, formé par la prorogation que l'on prétend avoir été obtenue. C'est donc aux principes en matière de compromis qu'il faut se conformer, et la rigueur ne peut aller au delà. Or, nous avons vu, sur l'art. 1005, et notamment sur la *Quest.* 3272 *quater*, que le compromis doit bien être rédigé par écrit, et même en autant de doubles qu'il y a de parties, mais que la nullité résultant de l'inobservation de ces formes est couverte, soit par l'aveu des parties qu'il existe un compromis verbal, soit par l'exécution postérieure; et nous avons dit de quels actes résulte cette exécution. Il ne saurait en être autrement de la prorogation du compromis, et nous ne voyons pas pourquoi des preuves aussi claires de son existence

seraient repoussées, lorsqu'il n'a pas été rédigé par écrit. La plupart des auteurs qui ont traité la question, et des arrêts qui l'ont résolue se sont au surplus prononcés dans ce sens. *Voy.* Florence, 3 juin 1811 (*J. Av.*, t. 7, p. 68); Grenoble, 7 déc. 1824; Paris, 7 fév. 1826 (*mémor.* de Toulouse, t. 12, p. 409); Cass., 17 janv. 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 61), et 23 juill. 1833 (*J. Av.*, t. 55, p. 237); Bordeaux, 9 fév. 1827 (*J. P.*, 3e éd., t. 21, p. 146), ainsi que MM. DE VATIMESNIL, p. 586, n° 58; BELLOT, t. 2, p. 124, et RODIÈRE, t. 3, p. 15. Voy. aussi M. SOLQUET, *Dict. des temps légaux*, v° *Arbitrage*, 24e tabl., 5e col., n° 16.

Lorsque la partie dénie les actes d'exécution qui lui sont attribués par le jugement, la question change de face; elle dépend de la foi due aux décisions arbitrales; V. *Quest.* 3337 *bis.*]]

3285. *Une partie qui a poursuivi l'ordonnance d'*EXEQUATUR *d'un jugement arbitral rendu après l'expiration du délai, peut-elle ensuite en demander la nullité?*

BOERIUS, *Décis.* 283, n° 36, cité par M. BOUCHER, p. 345, n° 708, décide le contraire : *Ratificando sententiam, videntur ratificâsse prorogationem, quia qui vult consequens videtur velle antecedens.*

[[Cette décision est, avec raison, universellement admise; *V.* notre *Question* 3272 *quater.*]]

ART. 1008. Pendant le délai de l'arbitrage, les arbitres ne pourront être révoqués que du consentement unanime des parties.

[Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 502, n° 6. — Notre Dict. de proc., v° *Arbitrage*, n°s 177 à 181. — Arm. Dalloz, *cod. verb.*, n°s 531 à 546. — Devilleneuve, *cod. verb.*, n°s 37 à 40. — Locré, t. 23, p. 424, n° 4.

QUESTIONS TRAITÉES : Comment s'opère la révocation des arbitres? *Q.* 3286. — La sentence rendue postérieurement à la révocation serait-elle valable, si, de certains faits, on pouvait induire l'adhésion des parties? *Q.* 3286 *bis.* — Si la nomination des arbitres a été faite par les tribunaux ordinaires, les parties ont-elles également le droit de les révoquer? 3286 *ter.* — Le délai spécial que les parties ont fixé pour la durée de l'arbitrage est-il réputé avoir été également fixé pour la durée des pouvoirs du tiers arbitre? *Q.* 3287 (1).]

DCI. Cette disposition, qui ne se trouvait pas dans la loi du 24 août 1790, est encore une conséquence de ce que le compromis est un véritable contrat. Or, l'art. 1134 du Code civil dispose que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel (2). Ainsi, non-seulement il n'est pas permis à

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Une partie ne peut renoncer à l'arbitrage sans le consentement de l'autre, après s'être liée par un compromis. Paris, 13 avril 1810 (*J. Av.*, t. 7, p. 63; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.2.256);

2° Lorsque des associés ont été renvoyés devant arbitres pour la liquidation de leur société, et qu'avant que la liquidation soit terminée, un des associés demande le partage des immeubles de la société, les tribunaux doivent surseoir à cette demande jusqu'après la liquidation. Cass., 18 mars 1829 (*J. P.*, 3e éd., t. 22, p. 817);

3° Une révocation d'arbitres ne peut être prise en considération par les tribunaux si elle n'est enregistrée. Paris, 3 juin 1808 (*J. P.*, 3e éd., t. 6, p. 729; DEVILL., *Collect. nouv*, 2.2.397).]

(2) Cette même disposition se rattache en outre aux principes du droit romain : *Contractus sunt ab initio voluntatis, sed ex post facto, fiunt necessitatis; liberum est enim ab initio contrahere vel non; sed post initium contractum, uni è contrahentibus altero invito, non licet à contractu recedere.* (Loi 5, *Cod. de oblig. et action.*)

une partie de révoquer l'arbitre dont elle a fait choix pour lui en substituer un autre, mais encore le compromis lui-même est irrévocable.

3286. *Comment s'opère la révocation des arbitres?*

Le Code de procédure n'ayant prescrit à cet égard aucune forme particulière, on peut dire, avec M. MERSON, p. 40, n° 36, que la révocation peut être expresse ou tacite.

Expresse, quand les parties, de concert entre elles, le déclarent aux arbitres, soit par lettres missives, comme l'avait décidé la Cour de cassation, par arrêt du 23 pluv. an XII (S., 4.1.681; *J. Av.*, t. 4, p. 522), soit par tout autre acte extrajudiciaire notifié par un officier ministériel et signé des parties.

Tacite, lorsque les parties transigent simultanément sur l'objet du compromis, ou lorsqu'elles instituent des amiables compositeurs au lieu et place des arbitres qu'elles avaient nommés, [[ou lorsqu'elles comparaissent au bureau de paix, comme l'a jugé avec raison la Cour de Bruxelles, le 4 fruct. an XII (*J. Av.*, p. 524).]]

M. Merson remarque ensuite, et nous partageons son opinion, que la révocation opérée par l'un des moyens qui viennent d'être énoncés, quoique postérieure au jugement arbitral, aurait son effet, si ce jugement, ignoré des parties au moment de la révocation, et n'ayant pas acquis l'autorité de la chose jugée, était susceptible d'appel. (Cod. civ., art. 2056.)

[[L'art. 2056, cité en cet endroit par M. Carré, prévoit trois positions différentes, dans l'hypothèse où une transaction intervient postérieurement au jugement rendu sur la contestation :

Ou bien le jugement était connu des parties, lorsqu'elles ont transigé, et dès lors elles sont censées avoir renoncé d'un commun accord aux effets de la décision judiciaire; la transaction par conséquent est valable.

Ou bien le jugement était ignoré, et alors une nouvelle distinction devient nécessaire.

Est-il susceptible d'appel? la transaction vaudra. Est-il, au contraire, de nature à ne pouvoir être attaqué? N'y a-t-il plus par conséquent d'incertitude sur le résultat final? la transaction est dès lors sans objet; la loi la déclare nulle, sauf aux parties à en souscrire une nouvelle, lorsqu' elles connaîtront le jugement.

Ces principes nous paraissent s'appliquer sans difficulté aux jugements arbitraux rendus avant une transaction entre parties; car pour ceux qui ne seraient intervenus que postérieurement à cet accord, lequel équivaut à une révocation, il est évident qu'ils ne peuvent produire d'effet. *Voy.* Cass., 17 mars 1806 (*J. P.*, 3e éd., t. 5, p. 232; DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.1.224).

Le jugement était-il connu des parties? Celles-ci, qui peuvent d'un consentement commun révoquer les arbitres, ont également le droit d'anéantir de la même manière les effets de leur sentence.

Était-il ignoré d'elles? Sa validité dépendra du point de savoir s'il est ou non susceptible d'un recours.

Mais remarquons que la transaction consentie après la décision des arbitres n'est pas, à proprement parler, une révocation du pouvoir de ceux-ci. Tout au plus pourrait-on la qualifier de révocation tacite, dans le cas où les parties n'auraient pas eu connaissance du jugement, lorsqu'elles ont transigé sur leurs prétentions mutuelles.

Quel effet produirait une révocation proprement dite, postérieure à la sentence arbitrale? Les règles tracées par l'art. 2056 sont-elles applicables dans cette hypothèse? Nous ne le pensons pas.

Il est de principe qu'une sentence, du moment qu'elle est datée et signée

des juges qui l'ont rendue, doit produire son effet. *Voy.* arrêts de Cass. des 17 mars 1806 et 3 juin 1811 (*J. P.*, 3e éd., t. 5, p. 232 et t. 9, p. 360; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.1.354). Nul doute que les parties ne puissent y renoncer, soit en transigeant, comme nous l'avons dit plus haut, soit, sans même avoir besoin de transiger, par une simple manifestation de leur volonté, postérieure à la connaissance qu'ils ont eue du jugement. Mais cette renonciation ne résulte pas de la révocation des arbitres: que le jugement soit ou non susceptible d'appel, que les parties aient ou non connu son existence, il importe peu. En transigeant, elles substituent leurs conventions à celles des juges qu'elles ont choisis; en révoquant des arbitres dont le pouvoir n'existe plus, elles font un acte inutile et sans objet. La sentence rendue produit ses résultats légaux, à moins qu'une convention expresse ou implicite ne les annulle. C'est donc à tort, selon nous, que M. Carré assimile la révocation à la transaction, dans leurs effets sur un jugement antérieur.

La doctrine des auteurs a varié sur ce point. MM. DE VATIMESNIL, p. 621, n° 181; BELLOT, t. 2, p. 151, et DEVILLENEUVE et MASSÉ, v° *Arbitrage*, n° 49, embrassent l'opinion de M. Carré. M. BOITARD, t. 3, p. 424, l'adopte en ce qui concerne les effets de la transaction et se tait sur le reste. Notre avis semble partagé par MM. GOUBEAU, t. 1, p. 224, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 660.]]

[[**3286** bis. *La sentence rendue postérieurement à la révocation serait-elle valable, si, de certains faits, on pouvait induire l'adhésion des parties?*

M. BELLOT, t. 2, p. 151, agite cette question, et paraît admettre qu'il est des faits de nature à valider la sentence, même après la révocation. Il engage, du reste, les juges à apprécier les circonstances dans lesquelles cette prétendue adhésion serait produite, et surtout à écarter le cas où il y aurait surprise ou mauvaise foi, soit des arbitres, soit de l'une des parties.

En thèse générale, la distinction de M. Bellot paraît inadmissible. Du moment où les arbitres sont révoqués d'un commun accord, leurs pouvoirs cessent. La sentence par eux rendue est nulle, encore qu'elle ait été rédigée avant la révocation, comme l'a justement décidé la Cour de cassation, le 17 mars 1806 (*voy.* la question précédente). Le seul moyen de rendre aux arbitres leur pouvoir, c'est de consentir un nouveau compromis. A défaut de cet acte, le jugement rendu par eux ne peut produire plus d'effet que celui qui émanerait d'une personne sans titre. Il est cependant, il faut en convenir, certains actes d'adhésion qui rendraient la partie qui les aurait faits non recevable à arguer de cette nullité; mais on comprend facilement que les tribunaux doivent admettre la preuve d'un tel acquiescement avec d'autant plus de réserve que le fait antérieur de la révocation permet plus difficilement de le supposer.]]

[[**3286** ter. *Si la nomination des arbitres a été faite par les tribunaux ordinaires, les parties ont-elles également le droit de la révoquer?*

M. GOUBEAU, t. 1, p. 229, adopte l'affirmative, et nous ne connaissons aucun motif sérieux de la mettre en doute. La disposition de l'art. 1008 est générale, et embrasse le cas où les arbitres sont nommés d'office par le juge, tout aussi bien que celui où leur pouvoir émane de la volonté commune des parties. La Cour de cassation, 17 mars 1806 (*J. P.*, 3e éd.; t. 5, p. 232), a jugé, il est vrai, en matière d'arbitrage forcé, que les arbitres nommés par le tribunal de commerce ne sont pas révocables au gré des parties. Mais l'arrêt se fonde sur la qualité de ces juges, qui sont, non point volontaires, mais forcés, comme leur nom l'indique. Or, dans l'hypothèse qui fait l'objet de notre question, l'arbitrage

est essentiellement facultatif. Il a été établi du consentement libre des parties; si, plus tard, l'une d'elles refuse ou néglige de procéder à la nomination des arbitres, si l'intervention du tribunal devient par là nécessaire, ce n'est pas à dire qu'un second concours des volontés ne puisse détruire ce que le premier avait fait.]]

3287. *Le délai spécial que les parties ont fixé pour la durée de l'arbitrage est-il réputé avoir été également fixé pour la durée des pouvoirs du tiers arbitre?*

La Cour de Riom, par arrêt du 8 juin 1809, a jugé cette question pour la négative, en prononçant que si le tiers arbitre rend sa décision dans le délai légal de trois mois, à dater du compromis, elle est valablement donnée, quoique les parties soient convenues que les arbitres n'auraient que deux mois pour les juger.

Nous croyons que l'on doit suivre cette opinion, parce que le cas de partage entre les arbitres ayant été prévu dans le compromis, mais sans fixation de délai pour le tiers arbitre, on doit en revenir au délai légal.

[[C'est aussi notre avis, et celui de M. SOUQUET, *Dictionn. des Temps légaux*, v° *Arbitres*, 31e tabl., 5e col., n° 121.]]

ART. 1009. Les parties et les arbitres suivront, dans la procédure, les délais et les formes établis pour les tribunaux, si les parties n'en sont autrement convenues.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 503, n° 10.] — Cod. proc. civ., 1re part., liv., 2, tit. 3 et 6; tit. 9, § 5; tit. 12, 13, 14, 15 et 21, et notamment art. 1011, 1019 et 1027.—[Notre Dict. gén. de proc.: v° *Arbitrage*, n°s 186, 197, 269, 278 à 280. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n°s 714 à 730. — Devilleneuve, *eod. verb*, n°s 50 à 56.— Locré, t. 23, p. 438, n° 9.

QUESTIONS TRAITÉES: Les arbitres doivent-ils suivre la procédure propre à la matière qui leur est soumise? Quelles formes, en général, doivent être suivies? *Q.* 3288.— Quand les parties ne sont pas convenues de dispenser les arbitres des formes et des délais de procédure établis pour les tribunaux, le ministère des avoués devient-il nécessaire? *Q.* 3289.—Y a-t-il lieu, devant les arbitres, à communication de pièces? *Q.* 3289 *bis* — Dans l'espèce de la *Quest.* 3289, et si le compromis ne règle d'ailleurs aucune forme particulière d'instruction, les arbitres peuvent-ils ordonner tous les actes d'instruction autorisés par la loi, et y procéder eux mêmes? *Q.* 3290. — Les arbitres peuvent-ils connaître indistinctement de tous les incidents qui s'élèveraient sous le cours de l'instance introduite devant eux? *Q.* 3291.]

DCII. L'article ci-dessus concourt, avec les art. 1010, 1017 et 1019, à justifier que le compromis est susceptible de toutes les clauses qui ne sont pas prohibées par la loi, et qui ne sont contraires ni aux bonnes mœurs ni à l'ordre public.

Ainsi, d'après l'art. 1009, les parties peuvent elles-mêmes régler les formes et les délais dans lesquels les arbitres devront procéder; mais si elles ne s'en sont pas expliquées, il est naturel et juste d'induire de leur silence une soumission plutôt qu'une dérogation au droit commun, suivant la maxime que *le retour à ce droit est toujours favorable et doit toujours être présumé.* Ainsi, dans cette circonstance, les parties et les arbitres doivent se conformer aux délais et aux formes de procédure réglés par la loi.

3288. *Les arbitres doivent-ils suivre la procédure propre à la matière qui leur est soumise?* [[*Quelles formes, en général, doivent être suivies?*]]

Oui, sans doute: ainsi, lorsque les parties ne se sont pas expliquées, si l'affaire était de la compétence d'un tribunal civil, les arbitres suivraient la pro-

cédure propre à ce tribunal; de même, ils suivraient celle des tribunaux de commerce, si l'affaire était commerciale.

[[MM. DALLOZ, t. 1, p. 741, not. 2, DEVILLENEUVE et MASSÉ, v° *Arbitrage*, n° 90 *bis*, reproduisent la même explication; d'autres auteurs la trouvent insuffisante et même erronée. Pour apprécier la justesse de leurs observations, il suffit de considérer les diverses procédures dont parle M. Carré.

Les juridictions régies par le Code de procédure sont au nombre de trois : Les tribunaux civils, les juges commerciaux, les juges de paix.

1° En ce qui concerne les tribunaux civils, on connaît les formes prescrites par la loi : *Exploit d'ajournement, constitution d'avoué, défenses*, etc. Cette marche doit-elle être suivie en matière d'arbitrage ? C'est ce qu'il nous paraît impossible d'admettre.

La Cour de Gênes, le 15 fév. 1810 (S., 11.2.139), a établi à ce sujet une distinction fondamentale : pour tout ce qui concerne la procédure de l'instance proprement dite, les règles ordinaires sont inapplicables; mais quant aux actes d'instruction, moyens de preuve, etc., comme *enquêtes, instructions par écrit, interrogatoires sur faits et articles, rappòrts d'experts*, etc., les formes du Code de procédure doivent être suivies par les arbitres, et c'est ce qu'a voulu prescrire l'art. 1009. Ce système a été adopté par presque tous les auteurs; ainsi, pour l'exploit d'ajournement, tous reconnaissent qu'il est inutile, en matière d'arbitrage, de suivre les formes de l'art. 61; qu'il suffit aux parties de se présenter devant les arbitres et de leur remettre les pièces et actes dont ils ont besoin, conformément à l'art. 1016. Même accord en ce qui regarde la constitution d'avoués, dont M. Carré, sur la *Quest.* 3289, constate l'inutilité en cette matière. Pour la production et la signification des défenses écrites, MM. Devilleneuve et Massé, *loco citato*, semblent croire qu'il y a lieu de suivre les règles déjà tracées par le Code de procédure. Mais MM. BOITARD, t. 3, p. 426; GOUBEAU, t. 1, p. 280, et DE VATIMESNIL, p. 633, n° 222, n'admettent point la nécessité de telles significations, et en présence des termes de l'article 1016, et de l'économie des diverses dispositions qui règlent la procédure d'arbitrage, nous pensons qu'il ne peut s'élever de doute sérieux sur l'exactitude de ce dernier avis.

Restent donc les formes spéciales aux preuves dont les arbitres peuvent avoir besoin pour établir leur décision, comme les tribunaux civils, et qui, d'après la Cour de Gênes, s'appliquent également en matière d'arbitrage. Mais ici se présentent deux questions assez graves :

Toutes les formes prescrites pour les *enquêtes, rapports d'experts, interrogatoires*, etc., doivent-elles, peuvent-elles être observées devant les arbitres?

En est-il dont l'observation soit prescrite à peine de nullité? Sur le premier point, il est évident que l'arbitrage entraîne un grand nombre d'exceptions aux règles ordinaires, soit à raison des règles propres aux débats portés devant les tribunaux civils, soit à raison des règles particulières de l'arbitrage.

Ainsi, pour prendre nos exemples dans l'enquête, la disposition qui fait courir le délai de l'enquête du jour de la signification à l'avoué, est inapplicable à l'arbitrage, où les parties n'ont pas besoin de ces représentants.

Ainsi encore, la nomination d'un juge-commissaire, les opérations qu'il remplit en dehors du tribunal, toutes ces prescriptions cessent, suivant l'observation de MM. BOITARD, t. 3, p. 427, et RODIÈRE, t. 3, p. 20, lorsqu'il s'agit d'arbitres qui ne peuvent procéder que réunis, aux termes de l'art. 1011.

Mais en ce qui concerne l'assignation et l'audition des témoins, la prohibition d'entendre tels ou tels individus, la proposition des reproches, etc., en un mot toutes les prescriptions du Code de procédure qui peuvent s'accomplir dans une enquête d'arbitres, il semble que ceux-ci doivent s'y astreindre et que telle est effectivement la disposition de l'art. 1009.

Pour ne laisser aucune difficulté sur ce point, M. Mongalvy, tit. 4, chap. 3 et suiv., a passé en revue les divers modes d'instruction permis aux arbitres et indiqué les formes du droit commun qu'ils doivent remplir, celles dont ils peuvent se dispenser.

Mais l'intérêt de ce travail dépend surtout de la solution de la seconde question que nous avons posée : les formes ordinaires, celles mêmes qui sont conciliables avec l'arbitrage y sont-elles prescrites à peine de nullité?

Sur ce point, la négative nous paraît devoir être adoptée. Un grand nombre de règles, il est vrai, ont cette peine pour sanction, dans les titres qui les renferment. Mais le renvoi si général de l'art. 1009 n'est pas de nature à produire un semblable effet, à raison de leur inobservation en matière d'arbitrage.

M. Thomine Desmazures, t. 2, p. 662, enseigne que les arbitres sont maîtres de resserrer cette procédure, d'en élaguer les formes qui leur paraîtraient trop longues, trop dispendieuses et sans importance. MM. Devilleneuve et Massé, v° *Arbitrage*, n° 99, adoptent la même opinion, et on ne peut nier qu'elle ne soit conforme à la plus stricte équité (1).

De cette liberté si absolue accordée aux arbitres naissent, dans la pratique, on ne peut le nier, de graves inconvénients : la volonté de la loi sera à chaque instant impunément méconnue. Peut-être faut-il regretter qu'elle n'ait pas assez approfondi ce point, et qu'en posant un principe, elle ait laissé tant d'arbitraire dans son application (2).

2° Quant aux contestations qui, de leur nature, ressortissent soit aux tribunaux de commerce, soit aux juges de paix, y a-t-il lieu d'appliquer les mêmes principes? Faut-il distinguer entre les formes de l'instance proprement dite et celles des actes d'instruction; déclarer celles-ci applicables à l'arbitrage et non celles-là?

Mais d'abord, lorsqu'une instance est portée devant des arbitres, ceux-ci sont-ils tenus de se demander tout d'abord si, de sa nature, elle appartient à la juridiction civile, commerciale ou à celle des juges de paix?

Comme on le voit, ces deux questions se rattachent intimément l'une à l'autre et se résolvent d'après les mêmes principes.

M. de Vatimesnil, p. 633, n° 221, enseigne qu'en matière commerciale les arbitres volontaires ne constituent pas à proprement parler, un tribunal de commerce, qu'ils font partie de la juridiction civile à laquelle appartiennent le dépôt et l'exécution de la sentence; qu'ils ne sauraient donc, à moins d'une convention expresse, être soumis aux règles d'une juridiction exceptionnelle.

Cette doctrine nous semble préférable à celle de M. Carré, soutenue d'ailleurs par M. Bellot, t. 2, p. 160 et suiv., et nous croyons devoir l'étendre à tous les cas. Les arbitres ne sont ni tribunal civil, ni tribunal de commerce, ni juges de paix : ils sont arbitres (3); veut-on qu'avant d'instruire une affaire, ils s'enquièrent du tribunal qui en aurait connu, s'ils n'avaient pas été choisis, de règles, souvent fort délicates, de compétence, etc.? Cela nous paraît inadmissible. En ce qui concerne la procédure de l'instance, nous l'avons déjà dit, ce travail

---

(1) [On peut conclure, il est vrai, d'un arrêt de Paris, 17 juin 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 177), que les arbitres sont tenus de motiver leur jugement, à moins d'une dispense formelle ou générale. Mais cette obligation, imposée à tout magistrat, n'est pas, à vrai dire, une forme de procédure; c'est une règle fondamentale de notre droit. *V.* notre *Quest.* 3337.]

(2) [Du reste, il dépend des parties d'échapper à cet inconvénient ; il leur suffira, dans le compromis, d'imposer aux arbitres les formes ordinaires de la procédure, autant qu'elles sont conciliables avec l'arbitrage. Faute par eux de tenir compte de cette clause, la sentence pourrait être annulée, comme rendue *hors des termes du compromis.*]

(3) [*V.* à l'appui de cette décision, nos questions sur l'art. 1023.]

serait sans utilité. Ils ne le feraient donc que pour fixer la marche à suivre dans une enquête, un rapport d'experts, etc.; mais, sur ce point, les dispositions du Code, relatives aux tribunaux civils, servent de règle et de modèle. Elles se modifient devant les tribunaux d'exception, à raison de faits souvent étrangers à la position des arbitres; ainsi la plupart des modifications qui ont lieu devant les justices de paix, proviennent de ce que le juge est seul, de la bonne foi qui préside à ses décisions, etc. L'on conçoit que des arbitres dont le nombre, les pouvoirs, etc., ne varient pas à raison de la nature des affaires, mais de la volonté des parties, n'ont pas à s'enquérir de telles modifications.

En résumé, la marche de l'instance en arbitrage ne se règle pas sur celle d'une instance devant les tribunaux ordinaires. L'art. 1009 ne s'applique qu'aux moyens d'instruction et de preuve dont tous les juges ont besoin, et sur lesquels le titre de l'arbitrage garde le silence; d'où M. GOUBEAU, t. 1, p. 280, conclut avec raison que, quand même les parties se seraient astreintes à suivre les délais et formes ordinaires, cette clause deviendrait inutile, si la sentence devait être rendue sur le simple examen des pièces produites par les parties et sans avoir recours à aucun des actes qui nécessitent l'emploi des formes prescrites par le Code de procédure.

Quant à ces formes, les arbitres doivent prendre pour modèles celles qui sont tracées pour les tribunaux civils ordinaires, sans se préoccuper de la juridiction qui aurait eu à connaître du débat qu'ils sont appelés à juger.

Enfin, ils doivent prendre garde à ne pas suivre une marche qui serait en désaccord avec la procédure particulière à l'arbitrage; et quant aux autres, il leur reste, à vrai dire, un pouvoir discrétionnaire pour supprimer celles dont la convenance, dans la cause, ne leur paraîtrait pas suffisamment démontrée.]]

3289. *Quand les parties ne sont pas convenues de dispenser les arbitres des formes et des délais de procédure établis pour les tribunaux, le ministère des avoués devient-il nécessaire?*

Non, sans contredit, 1° parce que les avoués ne sont établis qu'auprès des tribunaux indiqués par la loi, et non pas auprès des arbitres; 2° parce que les habitants des campagnes et ceux des villes qui ne seraient pas chefs-lieux de tribunal, seraient forcés de choisir leurs arbitres au chef-lieu, où se trouvent les avoués, ou bien les arbitres seraient obligés de s'y réunir; ce qui gênerait la liberté et nuirait à la rapidité de l'arbitrage. (*Voy.* BERRIAT SAINT-PRIX, p. 43, not. 24, et DEMIAU CROUZILHAC, p. 675.)

[[Cela est incontestable. (*Voy.* la question précédente.) M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 721, fait cependant observer avec raison que les parties, si elles le jugent convenable, peuvent se servir du ministère d'avoués. Mais l'usage est contraire à cette pratique; et d'ailleurs les mémoires et actes de ces officiers n'entreraient point en taxe. *Voy.* notre *Comm. du Tarif*, t. 2, p. 503, n° 15. Certes, les parties peuvent recourir à l'expérience des avoués pour se faire représenter devant les arbitres; mais les avoués ne sont plus alors que de simples mandataires.]]

[[**3289** bis. *Y a-t-il lieu, devant les arbitres, à communication de pièces?*

Quelque restreint que soit le sens de l'art. 1009, il est évident que les dispositions du Code de procédure relatives à la communication de pièces, doivent être appliquées en une matière qui se rapproche tant de l'instruction par écrit, et où il n'existe pas, en quelque sorte, pour une partie, d'autre moyen de connaître les prétentions de son adversaire. Il n'est pas possible, sans doute, de se

conformer à toutes les dispositions des art. 188 et suivants. Ainsi, les pièces seront déposées chez les arbitres, à défaut de greffe, et communiquées, non plus à l'avoué, dont le ministère n'est pas requis en cette matière, mais à la partie en personne ou à son représentant, et sur son récépissé. (Voy. *Quest.* 3331.) MM. MONGALVY, p. 179, n° 213, et BOITARD, t. 3, p. 450, partagent cet avis. Du reste, toutes les règles en cette matière doivent être appliquées. Ainsi, la pièce ou le titre produits deviennent communs aux parties, et ne peuvent être retirés par l'une sans le consentement de l'autre, comme l'ont jugé les arrêts de Paris du 3 vent. an X (*J. Av.*, t. 16, p. 458), et de Besançon, du 12 avril 1815 (*J. P.* 3e éd., t. 12, p. 673. *Voy.* aussi, *Conf.*, M. SOUQUET, *Dictionn. des Temps légaux*, v° *Arbitrage*, au 24e tabl., 5e col., n° 30). La *Quest.* 3327 porte sur une autre conséquence des mêmes principes.]]

3290. *Dans l'espèce de la question* 3289, *et si le compromis ne règle d'ailleurs aucune forme particulière d'instruction, les arbitres peuvent-ils ordonner tous les actes d'instruction autorisés par la loi, et y procéder eux-mêmes?*

Oui, dit M. PIGEAU, t. 1, p. 23. Si donc les arbitres, pour éclairer davantage leur religion, croient devoir recourir à une enquête, à un interrogatoire, à une expertise, ils le font; mais avant de mettre à exécution le jugement préparatoire par lequel ils ordonnent cette voie d'instruction, ils doivent le faire rendre exécutoire par le président du tribunal, attendu que l'art. 1021 prescrit l'ordonnance du président pour l'exécution de tous jugements arbitraux préparatoires et définitifs.

Nous ne croyons pas que l'on puisse élever de doute sur cette solution, si M. Pigeau a entendu exprimer seulement que les arbitres peuvent ordonner tous les actes d'instruction qu'ils jugent nécessaires pour se procurer les éclaircissements, sans lesquels ils ne pourraient prononcer avec une entière connaissance de cause.

Mais la question de savoir si les arbitres peuvent procéder eux-mêmes à tous ces actes indistinctement, pourrait donner lieu à quelques doutes qu'il convient d'éclaircir.

Par exemple, RODIER (*des Sentences arbitrales*, à la fin du titre 26 de l'ordonn., n° 14), dit que, s'il y a des interlocutoires, c'est en la Cour qui a autorisé la sentence qu'on doit les instruire et les faire juger. On pourrait conclure de là que c'est au tribunal dont le président a décerné l'ordonnance d'*exequatur* qu'il appartient d'entendre les témoins, de recevoir la prestation de serment des experts; en un mot, de mettre à exécution tout interlocutoire.

Quoi qu'il en soit, tous les auteurs attestent au contraire que les arbitres peuvent, après avoir ordonné une enquête ou une expertise, entendre les témoins et recevoir le serment des experts, et qu'il n'y a lieu à recourir à cet effet aux tribunaux que dans le cas où les uns et les autres se refuseraient à comparaître devant les arbitres. (*Voy.* JOUSSE, *Traité de l'administration de la Justice*, nos 35 et 37, p. 699 et 700, et les autorités citées par BOUCHER, p. 144, n° 262.) Mais, dans ce cas là même, ce serait toujours aux arbitres qu'il appartiendrait de prononcer, après l'instruction, la sentence définitive qui doit terminer le différend dont ils sont juges. (*Voy.* JOUSSE, *ibid.*, p. 698, n° 33.)

Quant aux autres moyens d'instruction, tels que les visites des lieux, la comparution des parties, l'interrogatoire sur faits et articles, on ne saurait contester que les arbitres ont le droit d'y procéder. (*Voy.* encore JOUSSE, p. 669 et 700, nos 36, 37, 38; BOUCHER, nos 468 et suiv., p. 232 et suiv., et le *Prat.*, t. 5, p. 377.)

Mais peuvent-ils instruire une inscription de faux ou une vérification d'écriture? C'est une question que nous examinerons sur l'art. 1015.

[[Nous avons déjà reconnu implicitement, sous la *Quest.* 3288, que les arbitres peuvent ordonner tous actes d'instruction qui leur paraîtraient nécessaires pour parvenir à la connaissance de la vérité. Toute la difficulté porte donc, comme le dit M. Carré, sur le point de savoir s'ils peuvent y procéder eux-mêmes. MM. GOUBEAU, t. 1, p. 285 et suiv.; MONGALVY, p. 182, n° 218; DE VATIMESNIL, p. 635, n° 229, enseignent, avec notre auteur, que les arbitres ont tout pouvoir pour procéder à ces opérations, moyennant un exécutoire du président. M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 662, sans contester le principe, nie que les arbitres soient aptes à recevoir le serment des experts et des témoins, et conclut de là qu'ils en sont dispensés, et que dès lors leur procès-verbal n'est pas nul pour défaut de mention de cette formalité. Nous ne voyons pas, quant à nous, pourquoi il serait interdit à des arbitres de recevoir un serment (voy., *infrà*, *Quest.* 3366) qui, surtout dans les enquêtes, est le plus sûr garant de l'efficacité et de la certitude de la preuve qu'ils ordonnent. L'art. 1009 (1) leur prescrit l'observation des formes ordinaires, et le serment est l'une des principales. Tous les moyens de découvrir la vérité leur sont ouverts : le serment par lequel on s'engage à la dire, pourquoi ne le recevraient-ils pas?

Du reste, les arbitres n'ont aucun pouvoir coercitif : tous les auteurs sont d'accord sur ce point. Ils n'ont aucun moyen personnel de forcer les témoins à comparaître ou les experts à déposer leur rapport; mais ils sont en droit de s'adresser pour cela aux tribunaux. Il semble résulter des explications de M. Carré que l'instruction se poursuit devant les juges civils, sauf à revenir aux arbitres lorsqu'il s'agira de rendre la sentence définitive, et tel est également l'avis de M. GOUBEAU, t. 1, p. 285. Nous croyons, au contraire, que l'instruction doit se continuer devant les arbitres. L'art. 1009 suppose certainement qu'il en est ainsi : les parties doivent le vouloir, les magistrats ordinaires n'ont point, d'ailleurs, à s'ingérer dans des débats qui leur sont étrangers. Notre opinion est conforme à celle de MM. MONGALVY, p. 196, n°s 239 et suiv., et BELLOT, t. 2, p. 161.]]

3291. *Les arbitres peuvent-ils connaître indistinctement de tous les incidents qui s'élèveraient sous le cours de l'instance introduite devant eux?*

JOUSSE, *ubi suprà*, p. 699, n° 36, § 5, dit que les arbitres peuvent connaître des incidents qui se présenteraient dans le cours de l'instance soumise à leur décision, et sans lesquels la cause ne saurait être jugée; par exemple, la vérification d'écriture (*voy.* nos questions sur l'art. 1015); nous ajouterons la compensation, la prescription, etc.

Nous convenons de ce principe; mais nous ferons observer en même temps qu'il exclut la connaissance des demandes reconventionnelles, des interventions, des demandes en garantie, en un mot, de toute demande qui peut être détachée de la contestation qui fait l'objet du compromis, et recevoir jugement séparé, à moins que l'on n'ait compromis à ce sujet (2).

[[La jurisprudence admet généralement que lorsqu'une question, quoique non expressément énoncée au compromis, est une suite et une dépendance nécessaire de celles qui sont prévues, les arbitres peuvent la décider sans

(1) [V. *Quest.* 3288 quelles précisions nous apportons à l'application de cet art. 1009.]

(2) *V.* Jousse, *ubi suprà*, p. 697, n°s 32, et 698, n° 34, § 3; le *Prat.*, t. 5, p. 378 et 380; BOUCHER, p. 189, n° 368, et sur la réception de serment et de caution, nos questions sur l'art. 1021.

commettre un excès de pouvoir. *Voy.*, en ce sens, arrêt d'Aix, 3 fév. 1817 (*J. Av.*, t. 16, p. 531; Devill., *Collect. nouv.*, 5.2.234). Conformément à ce principe, la Cour de Bruxelles, le 25 nov. 1829 (*Journ.* de cette Cour, 30.1.19), a admis que les arbitres compétents pour connaître d'une action le sont également pour statuer sur l'exception de la chose jugée, et la Cour de Paris, 4 déc. 1828 (*Gazette des Tribun.*, n° 1037), a été jusqu'à décider qu'on peut, devant les arbitres, former une demande reconventionnelle pour défendre à l'action principale. Mais nous croyons, avec M. Carré, dont l'opinion est, du reste, admise pour tous les auteurs, que cet arrêt a été trop loin : la demande reconventionnelle n'est pas une dépendance nécessaire de l'instance arbitrale. En admettant ou en rejetant sa légitimité, les arbitres excéderaient donc les termes du compromis et exposeraient, par conséquent, leur sentence à l'action en nullité donnée par l'art. 1028.

La restriction apportée par M. Carré à la défense de connaître de toutes demandes étrangères à l'instance arbitrale est combattue par M. Goubeau, t. 1, p. 295, qui fait observer que, lorsque des tiers ont à intervenir dans une contestation, il importe peu que les parties aient compromis à ce sujet, puisque la décision des arbitres ne peut inférer grief à ces tiers. Mais nous préférons l'opinion absolue de M. Carré.]]

Art. 1010. Les parties pourront, lors et depuis le compromis, renoncer à l'appel.

Lorsque l'arbitrage sera sur appel ou sur requête civile, le jugement arbitral sera définitif et sans appel.

Loi du 16 août 1790, art. 4 et art. 14, tit. 10 de la même loi. — Edit de François II, du mois d'août 1560. — Cod. comm., art. 52 et 63. — Cod. proc. civ., art. 1009, 1019, 1023, 1026 et 1028. [Notre Dict. gén. de proc., v° *Arbitrage*, n°s 213, 218, 504, 507, 520 à 522. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n°s 953 à 957. — Devilleneuve, *eod. verbo*, n°s 115 à 119. — Locré, t. 23, p. 427, n°s 10 et 438, n° 8.]

Questions traitées : La clause de renonciation au droit d'appel produit-elle ses effets, dans le cas où les arbitres ont dû être désignés d'office par le juge ? *Q.* 3291 *bis.* — Peut-on convenir, dans un compromis sur appel ou sur requête civile, que le jugement à intervenir sera sujet à l'appel ? *Q.* 3292. — Lorsque les parties ont déclaré dans le compromis qu'elles se soumettaient au jugement des arbitres, renonçant à l'appel, et qu'elles ont stipulé une somme à titre de peine contre celle qui en appellerait, l'appel est-il recevable ? *Q.* 3293. — La renonciation à l'appel, consentie après le jugement rendu, serait-elle valable ? *Q.* 3293 *bis.* — Lorsque les parties ont renoncé à l'appel dans le compromis, et qu'il est intervenu, de la part du tribunal de première instance, conformément à l'article 1028, un jugement qui prononce la nullité de ce compromis, et par suite celle de la sentence arbitrale, la Cour peut-elle, sur l'appel de ce jugement du tribunal, prononcer de la même manière ? *Q.* 3294. — La renonciation à l'appel doit-elle être unanime ? *Q.* 3295. — La renonciation à l'appel s'étend-elle aux divers incidents qui peuvent s'élever pendant le cours de l'instance ? *Q.* 3295 *bis.* — La qualification d'amiables compositeurs, donnée aux arbitres dans le compromis emporte-t-elle renonciation à la faculté d'appeler de leur sentence ? *Q.* 3296. — Y a-t-il renonciation à l'appel suffisamment exprimée dans un compromis par ces mots : *renonçant à toutes voies devant les tribunaux ?* 3297.]

DCIII. Cet article, en ce qu'il autorise à renoncer à l'appel, est une conséquence des principes exposés sur le précédent (*voy.* p. 675), et il interdit toute renonciation de ce genre, lorsque l'arbitrage est sur appel et sur requête civile. C'est parce qu'alors les parties ont subi au moins les deux degrés de juridiction, et que la loi, dont l'intention bienfaisante est de mettre un terme aux procès, de rapprocher ce terme par le moyen de l'arbitrage, ne peut permettre aux parties de le reculer au delà des bornes prescrites par le droit commun.

[[**3291** bis. *La clause de renonciation au droit d'appel produit-elle ses effets, dans le cas où les arbitres ont dû être désignés d'office par le juge ?*

La négative a été adoptée par un arrêt de Bordeaux, 20 fév. 1827 (*J. Av.*,

t. 34, p. 73), dans une espèce où les parties étaient convenues qu'en cas de contestation, leur différend serait terminé à l'amiable par des amis communs, *exclusivement nommés par elles*, mais où, ne pouvant tomber d'accord sur ce choix, les tribunaux avaient dû intervenir et nommer les arbitres chargés de juger la contestation.

M. DE VATIMESNIL, p. 651, n° 289, critique cette décision, en ce qu'il lui paraît que, faute par les parties de s'entendre, le compromis reste sans effet. Nous n'avons pas besoin de rappeler ici longuement les principes qui doivent faire considérer l'opinion de cet auteur comme mal fondée. Il nous semble que, comme toute convention d'ailleurs licite, celle de soumettre à des arbitres un dissentiment futur ne peut être rompue par la mauvaise foi ou le caprice de l'une des parties contractantes; c'est sous un autre rapport que nous contestons la doctrine de l'arrêt précité. Nous ne concevons pas pourquoi, à moins d'un accord contraire, la clause par laquelle les parties abandonnent réciproquement par avance le droit d'appel, clause parfaitement légale, tomberait par cela seul que la nomination des arbitres a été faite par les tribunaux; cela est d'autant moins fondé qu'il ne dépend que des parties de procéder elles-mêmes à ce choix; qu'elles sont libres d'y procéder encore après la désignation d'office et jusqu'à ce que les arbitres nommés aient commencé leurs opérations.

Ainsi, et nonobstant cette circonstance, la clause doit produire ses effets. La Cour de cassation, 15 juillet 1818 (*J. av.*, t. 16, p. 537; DEVILL., *Collect. nouv.*, 5.1.503), s'est prononcée en ce sens.]]

3292. *Peut-on convenir, dans un compromis sur appel ou sur requête civile, que le jugement à intervenir sera sujet à l'appel?*

On ne le peut pas, disent MM. PIGEAU, t. 1, p. 22, n° 9; DELAPORTE, t. 2, p. 480; DEMIAU CROUZILHAC, p. 585, et enfin BOUCHER, p. 512, n° 1805. Mais la conséquence de cette décision n'est pas que le compromis serait nul, et par suite, la sentence qui interviendrait : seulement, la condition serait réputée non écrite.

A cet avis unanime des commentateurs du Code, il serait possible que l'on opposât, 1° que l'art. 1010, porte dans sa première disposition, que *les parties pourront, lors et depuis le compromis, renoncer à l'appel*; d'où suit que l'appel est autorisé de plein droit, c'est-à-dire toutes les fois que les parties n'y ont pas renoncé; 2° qu'on lit ensuite, dans la seconde disposition, que si *l'arbitrage est sur appel ou sur requête civile, le jugement arbitral sera définitif et sans appel.*

Or, dirait-on, cette dernière disposition n'exprime autre chose, si ce n'est que le législateur a entendu faire exception, pour le cas d'un compromis sur appel ou sur requête civile, à la règle générale qui dérive de la première disposition, et d'après laquelle l'appel, comme on vient de le dire, est toujours permis, lorsqu'on n'y a pas renoncé.

Mais lorsque les parties n'ont compromis sur un appel ou une requête civile que sous la condition expresse de pouvoir appeler de la sentence arbitrale, on maintient que rien n'autorise à décider que cette sentence doit être définitive, nonobstant cette condition essentielle du compromis, sans laquelle les parties ne l'eussent pas souscrite.

Nous répondrons, comme M. Demiau-Crouzilhac, *ubi suprà*, que le législateur a voulu, dans notre espèce, que l'arbitrage fût souverain, parce qu'il ne doit jamais y avoir (*voy.* le comment. ci-dessus) trois degrés de juridiction; ce qui aurait lieu, puisque la clause du compromis conduirait à faire prononcer deux fois sur un appel.

D'ailleurs, la loi nous paraît exprimer clairement une prohibition de la fa-

culté d'appeler, et il n'y a rien en cela d'étonnant, parce que le législateur a voulu mettre un terme aux discussions judiciaires.

[[Cette opinion est partagée par MM. Goubeau, t. 1, p. 517; Boitard, t. 3, p. 429, et de Vatimesnil, p. 650, n° 287. Nous ne la croyons pas susceptible de controverse.

M. Bellot, t. 2, p. 271, lui donne aussi son approbation; mais il élève des doutes sur la conséquence d'après laquelle une clause de ce genre devrait être réputée non écrite.

Cet auteur rappelle la disposition de l'art. 1172 du Code civil, qui annulle toute condition contraire aux lois, et, avec la condition, la convention qui lui est subordonnée; d'où M. Bellot semble conclure, non à l'invalidité de la clause de renonciation, mais à la nullité du compromis.

Il nous semble assez facile de justifier l'opinion de M. Carré. La clause par laquelle les parties se soumettent à l'appel, dans un compromis intervenu après les deux degrés de juridiction, cette clause, sauf convention contraire, n'est pas une condition à laquelle soit subordonnée l'existence du compromis. C'est une stipulation particulière dont l'invalidité ne peut compromettre l'acte qui la renferme. Il est inutile d'ajouter qu'il en serait autrement, si les parties avaient soumis l'instance à l'accomplissement d'une telle clause.]]

3293. *Lorsque les parties ont déclaré dans le compromis qu'elles se soumettaient au jugement des arbitres, renonçant à l'appel, et qu'elles ont stipulé une somme à titre de peine contre celle qui en appellerait, l'appel est-il recevable?*

Oui, parce qu'en ce cas la renonciation à l'appel n'est pas absolue, mais seulement un simple dédit, en sorte qu'elle peut être rachetée en payant la somme convenue; mais nous pensons qu'il doit en être fait des offres réelles, lors de la signification de l'acte d'appel, ou qu'au moins le paiement doit être réalisé, dès que l'intimé le requiert avant l'appel de la cause à l'audience.

[[Telle est aussi notre opinion et celle de MM. Mongalvy, p. 255, n° 334, et Goubeau, t. 1, p. 529, et t. 2, p. 250.]]

[[**3293** bis. *La renonciation à l'appel, consentie après le jugement rendu, serait-elle valable?*

On peut aussi bien se demander pourquoi elle ne le serait pas? Si les parties ont connu le jugement, point de difficulté; si elles l'ont ignoré, c'est, pour elles, comme s'il n'existait pas : et l'art. 1010 protége cette convention. Le cas de dol ou de fraude de la part de l'une d'elles est toujours excepté.

M. Bellot, t. 2, p. 262, en se rangeant à cette opinion, présente des raisons de douter qui nous paraissent sans importance. L'art. 1109 du Code civil est notamment sans application possible à la matière.]]

3294. *Lorsque les parties ont renoncé à l'appel dans le compromis, et qu'il est intervenu, de la part du tribunal de première instance, conformément à l'art.* 1028, *un jugement qui prononce la nullité de ce compromis, et par suite celle de la sentence arbitrale, la Cour peut-elle, sur l'appel de ce jugement du tribunal, prononcer de la même manière?*

La Cour de cassation, par arrêt du 4 fév. 1807 (S., 7.1.254), a jugé cette question pour l'affirmative, attendu que la Cour d'appel n'a pas à prononcer en ce cas sur le fond jugé par la sentence arbitrale, mais seulement à remettre les parties au même état où elles étaient avant le compromis. On ne pourrait

contester d'ailleurs que la demande en nullité serait de la compétence du tribunal de première instance, en vertu de l'art. 1028, et par suite, de la Cour d'appel. (*Voy.* nos questions sur l'art. 1028.)

[[Nous n'avons rien à ajouter à ces raisons, qui ont réuni l'assentiment de MM. MONGALVY, p. 256, n° 336, et BELLOT, t. 2, p. 271.]]

3295. *La renonciation à l'appel doit-elle être unanime?*

De ce que l'art. 1010 porte que les parties pourront renoncer à l'appel, il s'ensuit qu'il faut un consentement unanime; ce qui est d'ailleurs conforme au principe que les conventions ne peuvent être détruites que de la même manière qu'elles ont été formées, et à une juste analogie tirée de l'art. 1008.

[[Cela est évident; *Voy.* dans le même sens MM. GOUBEAU, t. 1, p. 528, et t. 2, p. 249, et MONGALVY, p. 253, n° 308).

Par des raisons analogues, la Cour de Bruxelles, 4 mars 1817 (*P. J.*, 3e éd., t. 14, p. 110), a jugé que lorsqu'un associé, après s'être soumis à l'arbitrage volontaire, avec renonciation à la faculté d'appel, porte néanmoins le débat devant les arbitres forcés, il ne peut tirer des termes du compromis une fin de non-recevoir contre sa partie adverse qui, l'ayant suivie devant cette nouvelle juridiction, relèverait appel de la décision rendue. Il y a ici en effet anéantissement volontaire, et de la clause de renonciation, et du compromis lui-même, dont personne, dès lors, ne peut plus se prévaloir.]]

[[**3295** bis. *La renonciation à l'appel s'étend-elle aux divers incidents qui peuvent s'élever pendant le cours de l'instance?*

Il ne nous paraît pas exact de dire, comme le fait M. Carré, *infrà, Question* 3296, que, dans les cas douteux, l'interprétation doit être contraire à la faculté d'appeler, et cela parce que la loi romaine, et surtout la loi du 24 août 1790, tit. 1er, art. 4, rejetaient l'appel de toute sentence arbitrale. Des dispositions du Code de procédure, et surtout de celle de l'art. 1010, il résulte que le législateur a voulu que la règle commune fût l'appel, et l'exception le dernier ressort. Lorsque l'art. 1010 s'exprime ainsi : *Les parties peuvent renoncer à l'appel*, c'est comme s'il disait : *l'appel sera recevable, sauf convention contraire et formelle des parties*, et c'est ainsi que la doctrine et les Cours royales l'ont toujours entendu (1). Il suit de là que les incidents qui s'élèvent dans le cours du compromis et qui ne se rattachent pas directement à l'instance elle-même ne sont point soumis à la clause par laquelle celles-ci s'interdisent la faculté d'appeler du jugement à intervenir. Aussi a-t-il été jugé par la Cour de cass., le 15 juill. 1818 (*J. Av.*, t. 16, p. 537), que si, sur un compromis portant renonciation à l'appel, il s'élève entre les colitigants une contestation relative à la formation du tribunal arbitral, appel pourra être interjeté du jugement rendu sur cet incident.

A plus forte raison doit-il en être ainsi, lorsque l'incident est de ceux à raison desquels l'appel est autorisé en toute matière. Tel serait le jugement rendu par les arbitres sur leur compétence. (*Voy.* art. 425 et 454.)

---

(1) [Il a été jugé: 1° Par la Cour de Rennes, 19 nov. 1810 (*J. Av*, t. 16, p. 484), que, lorsque, dans une police d'assurances, les parties sont convenues de *terminer* par voie d'arbitrage les contestations qui peuvent survenir sur son exécution, cette convention ne donne pas aux arbitres le droit de prononcer en dernier ressort;

2° Par la Cour de Metz, 31 mars 1827 (*Journ.* de cette Cour, t. 5, p. 659), que lorsque des associés, en soumettant la contestation à des arbitres, *promettent de se conformer à leur décision*, il n'y a pas là une renonciation à l'appel.]

M. De Vatimesnil, p. 651, n° 288, partage cette opinion, et même, p. 652, n° 292, il paraît vouloir l'étendre à tous les incidents généralement quelconques qui s'élèveraient dans le cours de l'instance et nécessiteraient un jugement de la part des arbitres. Cette décision nous paraît beaucoup trop absolue : comment concevoir, en effet, que la renonciation à se pourvoir contre la sentence arbitrale n'emporte pas renonciation à se pourvoir contre le jugement interlocutoire qui ordonne une enquête, une délation de serment, ou tout acte de même genre ?]]

3296. *La qualification d'amiables compositeurs, donnée aux arbitres dans le compromis, emporte-t-elle renonciation à la faculté d'appeler de leur sentence?*

Cette question a été jugée, pour la négative, par arrêt de la Cour de Metz du 22 juin 1818 (S., 1819.2.21), et, pour l'affirmative, par arrêt de Nîmes du 9 janv. 1813, (*J. Av.*, t. 16, p. 510).

La dernière décision est motivée sur ce que l'art. 1010 n'exige pas que la renonciation à la faculté d'appeler soit exprimée en termes exprès ; qu'elle l'était suffisamment, dans l'espèce, par la promesse des parties d'en passer par la décision de l'arbitre qui serait considéré comme *amiable compositeur*, et par leur consentement de le dispenser de toutes formalités de justice ; qu'enfin, cette qualité d'amiable compositeur, dispensé de toutes formalités de justice, en concours avec la promesse d'en passer par sa décision, est nécessairement incompatible avec la faculté d'appeler.

La Cour de Metz, au contraire, a considéré qu'on ne pouvait induire de la faculté donnée aux arbitres de juger comme *amiables compositeurs* une renonciation tacite à l'appel.

En effet, porte l'arrêt, la loi ne distingue pas plus dans un cas que dans l'autre ; son texte, comme son esprit, art. 1010, 1019, 1023 et 1026, repousse une aussi fausse interprétation ; car si, dans un cas, la violation des dispositions de la loi devient un grief d'appel, il y aurait aussi bien moyen d'appel et motif de réformer, si l'on avait méconnu l'équité, cette première règle du droit, dont l'application n'est ni capricieuse, ni arbitraire, ni variable au gré des passions humaines, comme semblerait y conduire le système qui admettrait qu'il n'est pas possible de juger si des amiables compositeurs ont ou non prononcé équitablement.

Quoi qu'il en soit, nous croyons que la décision de la Cour de Nîmes est préférable, attendu que la qualité d'amiables compositeurs, donnée aux arbitres, annonce que les parties laissent absolument à leur décision tous les objets de la contestation ; qu'elles s'en rapportent à leur conscience pour recevoir d'eux une décision qui a tous les caractères d'une transaction, parce qu'évidemment la volonté commune des parties a été de terminer leur différend par suite de la décision rendue par les arbitrateurs.

Or, cette volonté réciproque, et qui forme contrat à l'effet d'accorder le différend, de le terminer, *litem componere*, d'après la décision des arbitres, n'aurait jamais d'effet, s'il était permis d'appeler. On est d'ailleurs d'autant mieux fondé à soutenir que l'appel n'est pas recevable, en cette circonstance, que la loi 27 ff. *de Receptis qui arbitrium*, la loi Ire au Code, même titre, et enfin la loi du 24 août 1790, tit. 1, art. 4, rejetaient l'appel de toute sentence arbitrale. Nous en concluons que, dans tous les cas douteux, on ne doit point interpréter favorablement à la faculté d'appeler les dispositions du droit nouveau qui autorisent ce genre de pourvoi, et que, par conséquent, la renonciation peut être admise lorsqu'elle résulte de la nature même de la convention.

Cette décision est encore plus certaine si, comme dans l'espèce particulière

de l'arrêt de Nîmes, les parties sont convenues *d'en passer par la décision des arbitres*; car il serait difficile de ne pas voir dans une telle clause une renonciation qui ne serait que tacite. Le seul recours que les parties pourraient avoir contre la décision des amiables compositeurs serait, à notre avis, l'action en rescision que la loi admet contre les transactions, ainsi que nous l'avons dit à l'égard des blancs seings. (Voy. *Quest.* 3268, sur l'art. 1005, p. 650.)

[[En faveur de la doctrine sanctionnée par la Cour de Metz, on peut citer plusieurs autres arrêts : Toulouse, 5 mars 1825 (*J. P.*, 3e éd., t. 19, p. 271); Colmar, 28 août 1826; Bordeaux, 13 janv. 1827 (*J. Av.*, t. 31, p. 71, et t. 32, p. 359), et Rouen, 22 avril 1834 (*J. Av.*, t. 48, p. 300). Mais l'opinion défendue par M. Carré peut se prévaloir de décisions émanées des Cours de Grenoble, 23 juin 1820 (*J. Av.*, t. 2, p. 513); Aix, 12 août 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 115), et Bourges, 24 mai 1837 (S., 37.2.420).

Les Cours de Nancy, 20 mai 18.5 (*J. Av.*, t. 16, p. 510), et de Grenoble, 19 janv. 1835 (*J. P.*, 3e édit., t. 26, p. 1279), ont été plus loin encore; elles ont décidé que la réserve expresse ou tacite de relever appel de la sentence arbitrale serait sans effet, lorsque les parties auraient en même temps donné à leurs juges le pouvoir de statuer comme amiables compositeurs.

Quant aux auteurs, presque tous sont d'accord pour enseigner que cette qualification donnée aux arbitres implique, à l'égard des parties, renonciation à la faculté d'appel. *Voy.*, dans ce sens, MM. Favard de Langlade, t. 1, p. 204; Mongalvy, p. 256, n° 335; Boitard, t. 3, p. 458; Thomine Desmazures, t. 2, p. 663; de Vatimesnil, p. 651, n° 290; Bellot, t. 2, p. 269; Devilleneuve et Massé, v° *Arbitrage*, n° 207; Rodière, t. 3, p. 33; et Souquet, *Dict. des temps légaux*, v° *Arbitrage*, 27e tabl., 5e col., n° 68.

Toutefois, dans son *Traité de Compétence*, t. 5, p. 311, éd. in-8°, M. Carré est revenu sur son opinion, et M. Goubeau, t. 1, p. 534, et t. 2, p. 257, sans contester le droit des amiables compositeurs de régler à leur volonté les prétentions des parties, ne croit pas que cette seule qualification suffise pour impliquer la renonciation à l'appel; il pense qu'il faut en outre l'intention avérée des parties de se soumettre sans restriction à la décision des juges qu'elles se sont donnés.

Nous embrassons l'opinion contraire, non par les dernières considérations invoquées par M. Carré, *suprà*, mais par la raison suivante, qui nous paraît décisive et qui a entraîné la conviction de notre savant ami, M. Rodiere, *loco citato.*

Les amiables compositeurs, aux termes de l'art. 1019, sont dispensés de juger d'après les règles du droit. Ils n'ont d'autres guides à suivre que les lumières de l'équité et les inspirations de leur conscience.

Il arrivera donc fréquemment que telle décision, raisonnable et juste dans l'espèce jugée, ne soit pas conforme à un principe général établi par les lois, qui doivent toujours prévoir l'intérêt général, et non s'arrêter à des considérations particulières.

Comment donc cette décision pourrait-elle être portée en appel devant des magistrats chargés d'appliquer la loi commune, et de l'appliquer, dans son inflexible rigueur, indistinctement à toutes les contestations qui leur sont soumises, et qui ne pourraient juger comme amiables compositeurs, même de l'accord de toutes parties, comme l'a jugé la Cour de cassation, le 30 août 1813 (*J. Av.*, t. 4, p. 599)?

Il y a là une impossibilité manifeste qui démontre qu'il leur est interdit de connaître du jugement rendu par les arbitres amiables compositeurs; car ils seraient forcés de le réformer dans bien des circonstances, où, sous le rapport de l'équité naturelle, ce jugement serait irréprochable.

Une telle incompatibilité nous sert à résoudre la question de savoir si les

parties qui ont qualifié leurs arbitres *amiables compositeurs* peuvent se réserver la faculté d'appel.

Il est évident que ce droit, s'il est expressément stipulé dans l'acte, est inconciliable avec la qualité des juges choisis, que ceux-ci, par conséquent, ne sont pas, à proprement parler, amiables compositeurs, et qu'ils n'en ont que le nom : ce qui nous induit à donner notre approbation à la doctrine ci-dessus mentionnée de M. Goubeau.

En conformité de ces principes, la Cour de cassation, le 1er mai 1822 (*J. Av.*, t. 24, p. 133), a jugé qu'en obligeant les arbitres, qualifiés amiables compositeurs, à statuer selon les règles du droit, les parties ont nécessairement voulu se réserver le droit de relever appel de leur décision. Une dénomination plus ou moins exacte ne peut prévaloir contre la réalité des faits.

Ainsi, les arbitres sont-ils véritablement amiables compositeurs, c'est-à-dire dispensés de juger suivant les règles du droit? C'est là un fait qui résulte, non de telle expression de l'acte, mais de l'intention manifeste des parties (*Voy.* encore, Cassat., 7 mars 1832; *J. Av.*, t. 42, p. 266), et c'est de sa constatation que dépend la solution de la question actuelle.

Du reste, M. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 722, enseigne que la renonciation à la faculté d'appel n'équivaut pas implicitement, pour les arbitres, au pouvoir de juger comme amiables compositeurs. Elle ne fait que les substituer à des juges en dernier ressort. Nous adhérons complétement à cette manière de voir, à propos de laquelle M. Bellot, t. 3, p. 232, élève néanmoins quelques difficultés. *Voy.* aussi M. Rodière, sur cette nuance de la question.]]

3297. *Y a-t-il renonciation à l'appel suffisamment exprimée dans un compromis, par ces mots,* renonçant à toutes voies devant les tribunaux?

Nous avons dit, n° 4529 de notre *Traité et Questions*, que cette clause rendait non recevable non-seulement l'appel, mais même la requête civile et l'opposition en nullité, soit qu'il s'agît d'arbitrage ordinaire, soit qu'il s'agît d'arbitrage en matière de société : d'arbitrage ordinaire, d'après l'art. 1010 et les arrêts cités sur les art. 1026 et 1028; d'arbitrage en matière de société, d'après ces mêmes articles, le titre 12, art. 14 de la loi du 14 août 1790, et 639, Cod. comm., qui permet aux parties de renoncer à l'appel des jugements des tribunaux de commerce. Or, la même faculté existe incontestablement à l'égard des décisions des arbitres qui les remplacent.

D'autres estiment que la renonciation *générale* n'est point exclusive des deux voies extraordinaires de la requête civile et de l'opposition en nullité, parce que les moyens qui les autorisent sont de telle nature qu'il n'est pas permis d'en supposer l'abandon sans une clause formelle du compromis, et qu'en règle générale, les renonciations vagues sont censées faites *servatis servandis*, c'est-à-dire aux voies ordinaires et non pas aux voies extraordinaires. En décider autrement, ce serait, ajoute-t-on, ouvrir la porte au dol et à la fraude, et environner l'arbitrage de telles défiances qu'il serait plus à craindre que le procès que l'on voudrait éviter.

Nous maintenons néanmoins l'opinion que nous avons précédemment émise, et nous nous appuyons sur un arrêt de la Cour de cassation du 31 déc. 1806, rapporté au *Recueil* de M. Sirey, t. 18, p. 38.

[[Il est incontestable que la clause par laquelle les parties renoncent à toute voie ou recours devant les tribunaux implique renonciation à l'appel. C'est, pour ainsi dire, la qualité d'amiables compositeurs donnée dans d'autres termes. *Voy.* Rennes, 10 fév. 1813 (*J. Av.*, t. 16, p. 512). La question ne présente donc de difficulté réelle qu'à l'égard des voies extraordinaires de recours, tels que le

pourvoi en cassation, la requête civile et l'opposition à l'ordonnance d'*exequatur*, dans les cas déterminés par l'art. 1028.

Mais comme une renonciation générale ne peut s'entendre que des moyens auxquels il est permis de renoncer, la question dépend, comme on le voit, de la solution d'une difficulté préliminaire: dans quels cas cette renonciation est-elle admissible?

En ce qui concerne le pourvoi en cassation, nous ne voyons pas pourquoi les parties ne seraient pas libres d'en faire d'avance le sacrifice aussi bien que de l'appel, ce pourvoi étant toujours fondé sur des moyens de droit auxquels les parties peuvent renoncer. Du reste, la dernière disposition de l'art. 1028 rend cette précision à peu près sans importance.

Quant à la requête civile, la difficulté est plus sérieuse. M. Carré semble admettre d'une manière générale qu'il est permis aux parties d'abandonner par avance cette voie de recours. Nous croyons, quant à nous, que cette question ne peut être résolue que par une distinction entre les diverses ouvertures de requête civile. *Voy.*, pour les développements de notre opinion, le n° 3371 *bis*.

Quelques-uns des moyens ordinaires de requête civile rentrent dans ceux qui donnent lieu à l'opposition à l'ordonnance d'*exequatur*, et la question de savoir s'il est permis de renoncer d'avance à cette opposition est traitée par M. Carré, sous le n° 3374. C'est donc là qu'il faut chercher la solution de cette difficulté.

Quant à la portée de la clause par laquelle les parties s'interdisent tout recours contre la sentence, nous pensons qu'il faut s'attacher moins aux termes qu'à l'intention des parties, et, dans les cas douteux, ne considérer comme stipulée que la renonciation à des droits nominativement indiqués. *Voy.* cependant, en sens contraire, un arrêt de Montpellier du 8 juillet 1828, rapporté sous la *Quest.* 3374.]]

ART. 1011. Les actes de l'instruction et les procès-verbaux du ministère des arbitres seront faits par tous les arbitres, si le compromis ne les autorise à commettre l'un d'eux.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 503, n° 11.] — Cod. proc. civ., art. 1009. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Arbitrage*, n°s 211 et 287. — Arm. Dalloz, *cod. verb*, n°s 734 à 748.

QUESTIONS TRAITÉES : Les arbitres peuvent-ils décerner commission rogatoire à un juge, conformément à l'art. 1035 ? *Q.* 3298. — Y aurait-il nullité des actes faits sans autorisation des parties, soit par un arbitre, soit par un juge commis? *Q.* 3299. — L'obligation, pour les arbitres, de procéder aux actes d'instruction est-elle si rigoureuse qu'ils ne puissent charger d'un travail spécial un tiers habitué à le remplir? Quel sera l'effet de cette délégation? *Q.* 3299 *bis*. — Y aurait-il nullité de la sentence, si les arbitres, après avoir rendu leur jugement, chargeaient l'un d'eux de taxer les dépens? *Q.* 3300.]

DCIV. Cette règle générale, d'après laquelle tous les arbitres doivent coopérer à tous les actes de l'instruction, à tous les procès-verbaux de leur ministère, comme *enquêtes*, *interrogatoires sur faits et articles, etc.*, est fondée sur ce que chacun des arbitres, quoique séparément nommé par l'une et l'autre des parties, est néanmoins convenu et institué par les deux, pour prendre simultanément part tant à l'instruction qu'au changement. D'où il suit que tous doivent concourir aux divers actes qui préparent la décision, à moins qu'il n'y ait dérogation à la règle par une clause expresse du compromis.

3298. *Les arbitres peuvent-ils décerner commission rogatoire à un juge, conformément à l'art.* 1035?

On prétend, dit JOUSSE, dans son *Traité de l'administration de la Justice*,

p. 699, n° 36, que les arbitres ne peuvent déléguer, à moins que cela ne se fasse du consentement des parties.

Nous croyons bien que les arbitres ne peuvent déléguer des juges pour prononcer à leur place sur un des objets du compromis : des juges en titre n'auraient pas eux-mêmes cette faculté, relativement aux procès dont ils sont saisis.

Mais il ne faut pas confondre la délégation de juridiction proprement dite avec la commission rogatoire qui serait décernée, conformément à l'art. 1035, pour faire des actes d'instruction dans un endroit éloigné.

Pourquoi les arbitres ne pourraient-ils pas adresser à des juges de semblables commissions, qui sont autorisées pour économiser les frais; ce qui est particulièrement le but que le législateur s'est proposé en permettant l'arbitrage? Les arbitres sont mis à la place du juge, et l'art. 1035 ne distingue point.

On objecte, il est vrai, que, d'après l'art. 1011, les arbitres ne peuvent commettre l'un d'entre eux pour procéder à des actes d'instruction, si le compromis ne leur en donne pas expressément le pouvoir, et qu'à plus forte raison ils ne peuvent déléguer des juges, s'il n'y sont autorisés de la sorte.

Nous répondons que les deux cas des art. 1011 et 1035 sont bien différents : dans le premier, les arbitres doivent procéder réunis, puisqu'il leur est interdit de le faire séparément, et le législateur a dû conséquemment leur interdire de choisir parmi eux un commissaire; dans le second, l'éloignement met un obstacle à ce qu'ils vaquent ensemble, et même par l'un d'eux, aux actes d'instruction ils peuvent donc, pour l'intérêt des parties, user de la faculté donnée aux juges par l'art. 1035. On doit présumer, d'ailleurs, que celles-ci ont entendu les autoriser à faire tout ce qui tend à économiser les frais sans préjudicier à la cause.

Néanmoins, l'objection à laquelle nous répondons est assez sérieuse pour que nous conseillions de la prévenir, en donnant aux arbitres une autorisation suffisante (1).

[[M. Locré, *Esprit du Code de Comm.*, p. 272, dit que les arbitres n'ont pas, comme les juges ordinaires, le pouvoir d'instruire par des tiers. Mais la distinction de M. Carré entre la commission rogatoire et la délégation de juridiction, répond suffisamment à cette remarque. Du reste, l'opinion de ce dernier auteur est partagée par MM. Mongalvy, p. 184, n° 121; Dalloz, t. 1, p. 742, note 2; Goubeau, t. 1, p. 290; Thomine Desmazures, t. 2, p. 664; de Vatimesnil, p. 636, n° 232; Bellot, t. 2, p. 289, et Rodière, t. 3, p. 20, qui tous reconnaissent aux arbitres la faculté de décerner commission rogatoire, sans même exiger une autorisation expresse des parties.]]

3299. *Y aurait-il nullité des actes faits sans autorisation des parties, soit par un arbitre, soit pas un juge commis?*

Nous pensons qu'il y aurait nullité de ceux qui seraient faits par un arbitre-commissaire, parce qu'il aurait agi sans pouvoir, comme le dit M. Delaporte, t. 2, p. 480, en se fondant sur l'art. 1011. Mais il résulte de la solution donnée sur la question précédente, qu'il n'en serait pas de même à l'égard des actes auxquels un juge aurait procédé en vertu de commission rogatoire.

---

(1) M. Pardessus, t. 4, p. 96, ne balance pas à décider que les arbitres peuvent décerner commission rogatoire à des juges de paix ou autres magistrats, *sans qu'il soit besoin de s'y faire autoriser par les parties.* Les jugements que les arbitres rendent à cet effet, comme tous autres, préparatoires ou interlocutoires, doivent être rendus exécutoires par le président du tribunal, dans la forme prescrite par l'art. 1020.

[[La Cour de cass., le 3 mars 1815 (S., 1815, 1.217), a jugé que les actes auxquels les arbitres auraient procédé séparément sont frappés d'une nullité substantielle, comme dénués de leur caractère le plus indispensable, et M. GOUBEAU, t. 1, p. 293, approuve sa décision. La Cour de Besançon a également jugé, le 2 thermid. an IX (*J. Av.*, t. 16, p. 151), que des arbitres n'ont isolément aucun caractère public; qu'ils ne peuvent exercer les pouvoirs qu'ils tiennent de leur nomination que lorsque, réunis, ils forment un tribunal arbitral; qu'ainsi tous les actes qu'ils feraient séparément les uns des autres sont des actes d'individus sans caractère et sans pouvoir, et ne sauraient être considérés comme des sentences rendues par des arbitres. Cette seconde décision est le meilleur commentaire de la première, et toutes deux sont fondées sur ce principe incontestable, que chacun des arbitres pris à part ne représente, à vrai dire, que la partie qui l'a nommé.

M. DE VATIMESNIL, p. 635, n° 231, s'est donc exprimé avec peu d'exactitude, en disant simplement que la sentence qui autoriserait ce mode d'agir *pourrait être annulée.*

A l'égard des actes faits par un juge étranger, en vertu d'une commission rogatoire, la justesse de l'observation de M. Carré ne peut être mise en doute.]]

[[**3299** bis. *L'obligation pour les arbitres de procéder aux actes d'instruction est-elle si rigoureuse qu'ils ne puissent charger d'un travail spécial un tiers habitué à le remplir? Quel sera l'effet d'une telle délégation ?*

Il nous paraît évident que la mission des arbitres ne peut être rendue plus difficile que celle des juges ordinaires. Si ces derniers sont en droit de nommer en certains cas des experts, des notaires, etc., et de leur renvoyer la connaissance d'opérations longues, minutieuses, qui absorberaient un temps dû à d'autres travaux, ils ne se dessaisissent pas pour cela de la connaissance du procès; il leur reste la surveillance des opérations et le jugement définitif. Il en est de même des arbitres qui, en agissant ainsi, ne délèguent point à des tiers le mandat qui leur est exclusivement attribué par les parties. La loi de 1790 les obligeait, en certains cas, à s'en référer aux conventions des gens de l'art. Cette règle n'existe plus aujourd'hui; mais la disposition de l'art. 1011 ne renferme pas la prohibition contraire; elle défend aux arbitres, non de faire constater des faits par un tiers, mais d'instruire et de juger séparément.

La jurisprudence paraît avoir admis ces principes. Ainsi il a été décidé :

Par la Cour de Turin, 4 avril 1808 (*J. Av.*, t. 7, p. 48), que les arbitres n'excèdent pas leurs pouvoirs en nommant, par le jugement arbitral, un expert qu'ils chargent de visiter les lieux, et de constater les réparations à faire par celle des parties à la charge de laquelle ils les ont mises;

Par la Cour de cassation, le 26 juin 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 613), que des arbitres, après avoir statué sur tous les points en litige, et les avoir résolus de manière à ce qu'il ne reste plus qu'à régler arithmétiquement le *débet* qui en résulte, ont le droit de renvoyer les parties devant un notaire pour faire les calculs et fixer le reliquat.

On peut se demander quel est, par rapport aux parties, l'effet d'une semblable décision? Sont-elles liées à l'égard de ce tiers qu'elles n'ont point désigné, sont-elles obligées de s'en rapporter à ses opérations et à ses calculs? L'arrêt précité de Turin a jugé qu'elles ne le sont pas, et M. DE VATIMESNIL, p. 636, n° 233, admet cette opinion. Nul doute que la révision et l'approbation définitive du travail des tiers n'appartienne aux arbitres qui les ont nommés, en vertu de leur droit. Mais une fois que cette approbation est donnée et que les arbitres se sont appropriés leur décision, nous ne croyons pas que l'une des parties puisse se soustraire à ses effets. Si le pouvoir des arbitres a cessé avant

l'accomplissement de la mission confiée à des tiers et qu'il n'ait pas été prorogé, il nous paraît certain que les parties, liées d'ailleurs par la sentence, ne le sont pas par les opérations d'un étranger, dont le travail, pour être obligatoire à leur égard, doit être sanctionné par les tribunaux.]]

3300. *Y aurait-il nullité de la sentence, si les arbitres, après avoir rendu leur jugement, chargeaient l'un d'eux de taxer les dépens ?*

Il est à remarquer que l'art. 1011 ne parle que des actes d'instruction et des procès-verbaux du ministère des arbitres; il n'y a que les circonstances particulières de chaque affaire mise en arbitrage qui puissent déterminer quels sont ces actes et ces procès-verbaux; mais on peut en donner pour exemple des visites des lieux contentieux, des vérifications de pièces, des examens de registres, des règlements d'ouvrage; c'est à de semblables actes ou opérations que tous les arbitres doivent concourir.

C'est en ce cas, comme nous l'avons dit sur la précédente question, qu'il pourrait y avoir nullité si un seul arbitre y avait procédé, quoique le compromis n'en contînt pas l'autorisation : la raison en est que ces actes d'instruction, comme les procès-verbaux du ministère des arbitres, précédant la sentence, peuvent contribuer à la vicier; mais la taxe des dépens, qui ne se fait qu'ensuite, ne paraîtrait pas devoir produire le même effet.

[[M. Goubeau, t. 1, p. 294, émet un avis conforme. M. Bellot, t. 2, p. 291, distingue entre la condamnation aux dépens et leur liquidation, et semble, dans ce dernier cas, se prononcer en faveur de l'opinion de M. Carré. Il nous paraît incontestable que le tribunal arbitral, avant le jugement, est en droit de confier à l'un de ses membres la liquidation de la taxe, et même après le jugement, si, conformément à l'opinion que nous avons émise sous la *Quest.* 3332, les arbitres ont renvoyé à cette époque l'évaluation des dépens, pourvu d'ailleurs que le délai du compromis ne soit pas expiré; mais ils doivent, dans tous les cas, et pour se conformer au vœu de l'art. 1011, statuer en commun sur l'avis de l'un d'eux et le consacrer, soit par la sentence arbitrale, soit par la décision postérieure, qu'ils rendraient à cet effet. Ils n'ont pas le droit d'abandonner une opération aussi importante au pouvoir discrétionnaire d'un seul arbitre. *Voy.*, au surplus, nos explications sur la *Quest.* 3332.]]

Art. 1012. Le compromis finit, 1° par le décès, refus, déport ou empêchement d'un des arbitres, s'il n'y a clause qu'il sera passé outre, ou que le remplacement sera au choix des parties ou au choix de l'arbitre ou des arbitres restants; 2° par l'expiration du délai stipulé, ou de celui de trois mois, s'il n'en a pas été réglé; 3° par le partage, si les arbitres n'ont pas le pouvoir de prendre un tiers arbitre.

[Cod. comm., art. 51, 54, 55, 60. — Cod. proc. civ., art. 1007, 7014, 1017. — Notre Dict. gén. de proc., v° *Arbitrage*, nos 172, 174, 224 à 248. — [Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 478 à 485, 495 à 505, et 547 à 601. — Devilleneuve, *eod. verb.*, nos 25 à 36, et 43 à 49. — Locré, t. 23, p. 391, n° 7, p. 405, n° 4, p. 428, n° 11, et p. 439, n° 11.

Questions traitées : Le compromis peut-il s'éteindre par d'autres causes que celles mentionnées dans l'art. 1012? *Q.* 3301. — Le compromis sur contestation en matière de société cesse-t-il par le décès d'un des arbitres, comme le compromis en matière ordinaire? *Q.* 3302. — La négative supposée, y a-t-il lieu au renouvellement de tous les arbitres, ou bien au seul remplacement de l'arbitre décédé? *Q.* 3303. — Les points arrêtés par les premiers arbitres doivent-ils être mis de nouveau en délibération, ou doivent ils être adoptés comme définitifs par les arbitres remplaçants? *Q.* 3304. — Les art. 1007 et 1012, qui veulent que la mission des arbitres ne dure que trois mois, lorsque la durée n'en a point été fixée par les parties, sont ils applicables aux arbitres nommés pour

juger des contestations relatives à une société de commerce ? *Q.* 3305. — En cas de négative, la partie qui veut hâter la décision de la cause peut-elle s'adresser au tribunal, pour qu'il fixe aux arbitres le délai dans lequel ils doivent rendre leur jugement ? *Q.* 3306. — Le tribunal de commerce a-t-il le droit de proroger, sur la demande de l'une des parties, et sans le concours de la volonté de l'autre, le délai d'un arbitrage entre associés négociants, fixé par un précédent jugement, conformément à l'art. 54, Cod. comm. ? *Q.* 3307. — Le silence ou la procédure volontaire, après l'expiration du délai fixé par un arbitrage forcé, équivalent-ils à la prorogation, en sorte que le jugement, rendu postérieurement, soit valable ? *Q.* 3308. — Lorsque quelques-uns des arbitres nommés se sont déportés et que les délais de l'arbitrage sont expirés au moment où l'on demande à un tribunal que de nouveaux arbitres soient nommés, ce tribunal peut-il faire droit à cette demande, par la considération que, durant le cours du délai, l'arbitre restant l'avait prorogé ? *Q.* 3309. — Lorsque le compromis contient clause formelle que l'empêchement de l'un des arbitres donnera lieu à son remplacement, soit par les arbitres restants, soit par les parties elles-mêmes, en cas de désaccord, à qui appartient la nomination du remplaçant ? 3309 *bis.* — Un arbitre peut-il, en se retirant avant que les opérations soient terminées, déclarer s'en remettre pour le jugement à ses coarbitres, ou bien cette circonstance met-elle fin au compromis? *Q.* 3309 *ter.* — Lorsqu'un compromis reste sans effet, à raison d'une des circonstances qui en opèrent l'extinction, les actes faits pour l'instruction doivent ils avoir le leur, en ce sens que, s'ils constataient quelque reconnaissance de l'une des parties sur la vérité d'un fait constaté ou qu'il en eût été fait quelque preuve devant les arbitres, ces actes pourraient être produits et faire foi en justice ? *Q.* 3310.— Les arbitres peuvent-ils, après l'expiration du délai, interpréter ou expliquer leur sentence sur la demande d'une seule partie, ou sur l'injonction de la Cour devant qui appel a été interjeté de la sentence arbitrale? *Q.* 3311.]]

DCV. Dans l'article ci-dessus, la loi contient l'énumération des causes qui doivent rendre sans effet ou du moins suspendre l'effet du compromis, indépendamment de la volonté des parties.

La loi distingue avec précision celles de ces causes qui peuvent naître de la matière et celles qui tiennent à la personne ou des parties ou des arbitres, en attribuant à chacune le résultat qu'elle doit produire.

Les dispositions qu'elle renferme sur ce point sont encore fondées sur ce motif qu'un compromis étant un contrat formé d'abord entre les parties, et ensuite, dès qu'il est accepté, formé entre celles-ci et leurs arbitres, il peut et doit être dissous, soit par le consentement unanime des contractants, soit par la survenance des causes qui en rendent, pour un temps, ou pour toujours, l'exécution légalement impossible.

3301. *Le compromis peut-il s'éteindre par d'autres causes que celles mentionnées dans l'art.* 1012?

JOUSSE, dans son *Traité de l'administration de la justice*, p. 703, et M. PIGEAU, t. 1, p. 25, citent plusieurs causes d'extinction du compromis, que l'article 1012 ne mentionne pas, mais qui n'en doivent pas moins opérer cet effet, parce qu'elles dérivent de la nature des choses; tels sont les cas suivants : premièrement, si les parties conviennent d'anéantir leur engagement (*Voy.* Cod. civ., art. 1134); si la chose qui fait l'objet du compromis vient à périr (*Voy.* même Code art. 1302); si l'obligation pour laquelle on s'est soumis à l'arbitrage s'éteint elle-même, soit par la remise qu'on en fait, soit par la confusion, etc.; si l'une des parties vient à faire cession de biens, parce qu'alors le compromis devient entièrement inutile (*Voy.* Jousse), à moins que les créanciers ne voulussent exercer les droits du débiteur, comme le disent les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 373.

[[Toutes ces décisions sont incontestables. On peut seulement se demander, dans le cas de désistement mutuel, quelle est la partie qui devra payer les frais, et dans celui de cession de biens, si l'extinction du compromis peut être opposée au tiers qui a soumis la contestation aux arbitres. La première question ne présente pas de difficultés sérieuses; *Voy.* t. 3, p. 470, l'art. 403, et les questions sur cet article. La seconde a été résolue en sens contraire par MM. DALLOZ, t. 1, p. 712, et BELLOT, t. 2, p. 344. Nous pensons, avec ce dernier auteur, que, si la cession de biens empêche le compromis, elle ne met pas fin à celui

dont l'existence antérieure formait à l'égard de tiers un contrat des avantages duquel ceux-ci ne peuvent être privés par un fait indépendant de leur volonté. *Voy.* cependant CARRÉ, *Compétence*, 2e part., t. 3, tit. 1, éd. in-8°, t. 5, p. 406, *Quest.* 381.]]

3302. *Le compromis sur contestation en matière de société cesse-t-il par le décès d'un des arbitres, comme le compromis en matière ordinaire ?*

3303. La négative supposée, *y a-t-il lieu au renouvellement de tous les arbitres, ou bien au seul remplacement de l'arbitre décédé ?*

3304. *Les points arrêtés par les premiers arbitres doivent-ils être mis de nouveau en délibération, ou doivent-ils être adoptés comme définitifs par les arbitres remplaçants ?*

Par arrêt de la Cour de Bruxelles du 30 mai 1810 (*J. Av.*, t. 4, p. 560), rapporté dans la Bibliothèque du barreau, 2e part., t. 5, p. 390, on a décidé la première de ces questions pour la négative, attendu que l'art. 1012 n'est applicable qu'aux arbitrages volontaires (1); la seconde pour l'affirmative, parce que le choix contractuel des arbitres pourrait avoir été déterminé par la réunion des qualités personnelles des divers individus sur lesquels la confiance des parties se serait fixée.

Or, cette base se trouvant détruite par la mort des arbitres, il est juste de rendre aux parties la liberté de faire entre elles un nouveau choix d'arbitres au nombre qu'elle auraient adopté, sauf, en cas de refus ou de dissentiment, la nomination d'office.

Enfin, le même arrêt a consacré, sur la troisième question, la distinction suivante : Ou le compromis porte qu'il sera statué par un seul et même jugement sur les points soumis à l'arbitrage, et alors ce qui a été fait par les premiers arbitres peut être réformé par les nouveaux; ou, au contraire, le compromis n'astreint pas les arbitres à décider, par un seul et même jugement, toutes les dificultés qui leur sont soumises; et, dans ce dernier cas, si les différents points de la contestation sont susceptibles de décisions partielles, ceux qui ont été arrêtés définitivement avant le décès de l'un d'eux sont irrévocablement jugés.

Mais il faut remarquer que c'est aux nouveaux arbitres seulement, et non pas aux tribunaux, qu'il appartient de déclarer ce que les premiers auraient décidé, sauf aux parties à critiquer leur déclaration pour excès de pouvoir, s'il s'y trouvait des omissions, et si le jugement portait sur des points déjà arrêtés.

[[Nous avons déjà prévenu, *suprà*, p. 618, nos lecteurs que nous ne ferions pas porter notre examen sur la matière si délicate en soi de l'arbitrage forcé. Ce n'est que transitoirement et par nécessité d'assimilation que nous avons parfois résolu quelques questions se rattachant aux affaires commerciales. Nous ne croyons donc pas devoir indiquer ici une opinion qui, pour être complète, devrait embrasser un système tout entier.]]

---

(1) Cette décision de la Cour de Bruxelles ne s'appliquerait pas, d'après un arrêt de Paris du 15 déc. 1807 (S., 1807, tom. 2, p. 788; *J. Av.*, t. 4, p. 533), au cas où les arbitres de commerce nommés par le juge *auraient reçu des parties* le pouvoir de statuer *en dernier ressort*, ou que, d'une manière quelconque, leur juridiction eût été prorogée; alors ils seraient réputés amiables compositeurs, en ce sens que leur pouvoir prendrait fin par les mêmes manières que finit celui des arbitres ordinaires, notamment par la mort d'une des parties.

3305. *Les art.* 1007 *et* 1012, *qui veulent que la mission des arbitres ne dure que trois mois, lorsque la durée n'en a point été fixée par les parties, sont-ils applicables aux arbitres nommés pour juger des contestations relatives à une société de commerce?*

3306. En cas de négative, *la partie qui veut hâter la décision de la cause peut-elle s'adresser au tribunal, pour qu'il fixe aux arbitres le délai dans lequel ils doivent rendre leur jugement?*

Un autre arrêt de la Cour de Bruxelles, du 1er mars 1810 (*J. Av.*, t. 4, p. 560), rapporté dans la Bibliothèque du barreau immédiatement avant celui dont nous venons de parler sur la question précédente, a jugé la première de ces questions pour la négative, et la seconde pour l'affirmative, attendu que le Code de commerce ne fixe pas la durée du temps dans lequel les arbitres sont tenus de prononcer mais porte seulement qu'à défaut de terme convenu il sera réglé par le juge : d'où il suit qu'il n'y a pas lieu à révoquer les compromis pour expiration du délai, mais à se pourvoir pour le faire régler.

Au reste le délai, étant fixé par le juge, ne court que du jour de la remise des mémoires et des pièces, puisque, jusque-là, les arbitres ne pourraient agir, et qu'en droit, on ne peut faire courir un délai *contrà non valentem agere.* (Turin, 8 mars 1811, *J. Av.*, t. 4, p. 257.)

[[*Voy.* notre observation sur la question précédente.]]

3307. *Le tribunal de commerce a-t-il le droit de proroger, sur la demande de l'une des parties, et sans le concours de la volonté de l'autre, le délai d'un arbitrage entre asociés négociants, fixé par un précédent jugement, conformément à l'art.* 54, *Cod. comm.?*

Deux arrêts, l'un de la Cour de Bordeaux, du 28 juin 1818 (*J. Av.*, t. 4, p. 638, v° *Arbitrage*), l'autre de la Cour de Toulouse, du 12 avril 1823 (S., 18.2.243; 23.213), ont jugé pour la négative cette importante question, sur laquelle M. Pardessus, dont l'opinion a prévalu, avait donné une consultation opposée à celle de M. Locré (1). Des jurisconsultes de Bordeaux et de Toulouse avaient adopté le sentiment de ce dernier, qui d'ailleurs était appuyé de parères de négociants de Bordeaux, Lisbonne, Nantes et Bayonne (2).

---

(1) Ces deux consultations sont insérées au Recueil de M. Sirey.

(2) Consultés sur cette question, avec notre savant collègue, M. Toullier, nous avons soutenu la même opinion ; et peut-être ne verra-t-on pas, sans quelque intérêt, les motifs sur lesquels nous nous sommes fondés, si l'on considère que nous nous attachions particulièrement à réfuter les moyens établis en faveur du système opposé, dans les consultations délibérées pour la partie adverse.

« Tous les moyens développés dans ces « consultations tendent, disions-nous, à établir et justifier les propositions suivantes: « L'art. 54 du Code de commerce attribue « au juge le pouvoir de fixer le délai de l'arbitrage, lorsque les parties n'en sont pas « convenues.

« Mais cette disposition de droit spécial « ne peut être étendue au delà de ses termes : on ne peut donc prétendre avec « fondement qu'il soit au pouvoir du juge « de proroger, par des jugements postérieurs, « le délai qu'il a une fois fixé.

« Ainsi, on doit appliquer aux arbitrages « forcés la règle du droit commun posée, « pour les arbitrages volontaires, dans l'art. « 1012 Code proc. civ., et d'après laquelle « le compromis finit *par l'expiration du* « *délai stipulé, ou de celui de trois mois,* « *s'il n'en a pas été réglé.*

« Par conséquent, dès que ce délai est « expiré, le pouvoir des arbitres a cessé ; « les parties se trouvent au même état que « celui où elles étaient avant le jugement « qui l'avait fixé ; elles rentrent alors dans « le droit que leur accorde l'art. 54, de

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence des Cours royales est fixée, jusqu'à nouvel examen, en faveur de l'opinion de M. Pardessus, et nous ne devons pas dis-

---

« choisir respectivement les arbitres qui « leur conviennent. »

On essaie particulièrement de prouver ce système, en argumentant :

1° De l'art. 18 du Code de commerce ;

2° Des explications données sur le titre de ce Code relatif aux sociétés de commerce, soit lors de la discussion du Projet au conseil d'État, soit dans l'exposé des motifs, à la tribune du Corps législatif;

3° D'un arrêt de la Cour de Paris du 30 nov. 1811, rapporté par S., Vol. de 1814; et *J. Av.*, t. 5, p. 149;

4° De considérations tirées de l'esprit général de la loi et des rapports qu'auraient entre elles les diverses dispositions du Code de comm. et du Code de proc., en matière d'arbitrage.

Il s'agit de prouver ici que ces raisonnements ne sont point aussi solides qu'ils pourraient paraître spécieux, et que par conséquent les propositions dont ils sont la base ne sont pas exactes.

Avant tout, il importe de poser comme principe incontestable que les lois spéciales sont préférables aux lois générales, *même postérieures, lorsque celles-ci n'y ont pas dérogé d'une manière positive.*

Ce principe, fondé sur la règle *in toto jure, generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est* (loi 80, ff. *de R. J.*), est conforme d'ailleurs à la raison. Lorsqu'un législateur statue en particulier sur un objet, et s'écarte, à son égard, des règles ordinaires déjà faites pour des cas analogues, ce ne peut être que par des considérations majeures, qui ne permettent pas, même lorsqu'il existerait quelque incertitude dans un cas donné, de se décider d'après les règles du droit commun, *si elles se trouvaient en contradiction avec l'esprit de la loi spéciale.* (V. *notre Introduction, en tête du premier volume.*)

C'est évidemment ce qui doit avoir lieu, par rapport à la question controversée entre les sieurs Poulet et Dotezac, et cette proposition est facile à prouver.

Suivant la loi générale contenue au Code de proc. civ., l'arbitrage n'est qu'un *droit* dont l'exercice est essentiellement subordonné à la volonté des parties.

Suivant la loi spéciale que renferme le Code de comm., c'est au contraire une *obligation* rigoureuse imposée aux commerçants, à l'égard de toutes les contestations relatives à une société.

Ainsi, dans cette dernière hypothèse, les arbitres sont mis par la loi même en la place du tribunal de commerce; ils sont considérés par elle comme des juges véritables.

Cette vérité est avouée en termes exprès par les avocats qui ont consulté contre le sieur Poulet.

L'eût-on méconnue, elle serait prouvée par une foule de décisions judiciaires auxquelles elle sert de base.

On citerait particulièrement un arrêt de la Cour de cassation du 7 mai 1817; qui déclare les arbitres forcés sujets à *prise à partie*, attendu, lit-on dans les motifs, qu'ils sont de *véritables juges*, et forment un tribunal de commerce, puisqu'ils tiennent leurs pouvoirs de la loi, et qu'ils sont, à l'exclusion de TOUS AUTRES TRIBUNAUX de première instance, seuls compétents pour prononcer sur les contestations relatives à des sociétés de commerce. Si les arbitres, une fois institués de la sorte, forment *un tribunal de commerce*, s'ils en tiennent lieu sous tous les rapports, comme ce tribunal, ils doivent rester saisis de la contestation qui leur a été soumise, aussi longtemps du moins que les parties, *d'un commun accord*, n'ont pas manifesté l'intention de ne plus entendre procéder devant eux.

Ici, la durée de la mission des arbitres n'est point subordonnée, comme dans le cas d'un arbitrage volontaire, à celle du délai convenu entre les parties, ou fixé par la loi (art. 1007 du Code de proc.). La raison en est facile à saisir :

Dans les matières ordinaires, les parties sont libres de soumettre leur différend à des arbitres de leur choix : elles peuvent donc apposer au compromis la condition qu'ils jugeront dans un délai qu'elles déterminent.

Si elles ne l'ont pas fait, la loi générale présume qu'elles n'ont pas entendu se soumettre à l'arbitrage pour un temps absolument illimité, et perdre l'avantage des délais de la procédure ordinaire et des voies de prise à partie contre les juges, en cas de déni de justice, et elle supplée au silence du compromis par la fixation d'un délai qu'elle déclare fatal.

Mais dans l'arbitrage forcé, la loi spéciale, qui oblige les parties d'instituer, en remplacement des juges ordinaires, des arbitres sujets comme eux à la prise à partie, parce qu'ils sont de véritables juges, n'a pas entendu qu'il dépendît de celles-ci de leur imposer l'obligation rigoureuse de juger dans

simuler qu'elle paraît avoir été implicitement approuvée par la Cour de cassation, dans l'arrêt qui décide la question suivante.

[[*Voy.* notre observation sur les *Quest.* 3302 à 3304.]]

---

un délai déterminé, à peine de révocation, et de révocation nécessaire.

D'un autre côté, dans le silence des parties, elle n'a point déterminé de délai FATAL; mais elle a chargé les tribunaux de commerce d'en fixer un qu'ELLE N'A POINT DÉCLARÉ TEL; d'où il suit que la mission des arbitres forcés ne finit point de plein droit, comme celle des arbitres ordinaires.

La loi spéciale a donc évidemment dérogé à la loi générale, par cela même qu'elle n'a pas répété formellement les dispositions pénales que celle-ci renferme, ou qu'elle n'a pas renvoyé à leur exécution.

On ne pourrait, sans contredit, admettre un système contraire, sans violer le principe posé au commencement de cette discussion, puisque, nonobstant la *différence essentielle qui existe, quant à leur nature et à leurs effets*, entre l'arbitrage forcé et l'arbitrage volontaire, on suppléerait par la loi générale, qui ne concerne que le premier, au silence que la loi n'a pas gardé sans motifs par rapport à l'autre.

Cette violation serait d'autant plus contraire à la raison et à la justice, que l'on suppléerait par de fausses inductions, par de prétendus raisonnements de similitude, une disposition pénale, une déchéance que la loi particulière de la matière n'a prononcées ni d'une manière expresse ni d'une manière implicite.

Tels sont les motifs d'après lesquels les soussignés se croient bien fondés à conclure que l'art. 1012, Cod. proc. civ., n'est nullement applicable au cas posé.

On oppose l'art. 18 *du Code de comm.*, en ce qu'il porte que le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties.

Sans doute, dans tout ce qui est compatible avec les dispositions particulières posées au Code de commerce, concernant les sociétés commerciales, les principes généraux sur le fond du droit, auquel l'art. 18 se rapporte exclusivement, doivent recevoir leur application.

Il en est de même des règles de procédure contenues au Code judiciaire; elles sont applicables en matière de société lorsqu'elles se concilient avec les caractères du mode d'arbitrage établi par ces sociétés.

Mais quand elles se trouvent en opposition formelle avec les conséquences nécessaires qui résultent de ce caractère; quand, par exemple, une disposition telle que celle de l'art. 1012, n'est qu'une suite de ce que l'arbitrage n'est pas forcé, il est certain que l'on irait contre le vœu de la loi, en soumettant l'arbitrage forcé à une disposition qui évidemment ne concerne que l'arbitrage volontaire.

C'est ainsi que, par plusieurs arrêts, la Cour de Rennes a constamment jugé que l'art. 1028, Cod. proc. civ., n'était pas applicable aux arbitrages forcés; et sa principale raison a été que le Code de comm. *a établi des formes particulières et spéciales pour les arbitrages en matière de société de commerce, et qu'il a tracé entre les arbitrages volontaires et les arbitrages forcés une ligne de démarcation telle, que le jugement rendu par les arbitres forcés est considéré comme un acte de juridiction commerciale*. (*V.* ci-après nos questions sur l'art. 1018.)

Tel est le sens dans lequel on doit entendre les explications données au conseil d'État, et dans l'exposé des motifs au Corps législatif. Rien de ce que l'on en rapporte, dans une des consultations données en faveur du sieur Dotezac, n'autorise à penser que la section du Tribunat et l'orateur du gouvernement aient entendu exprimer que l'on appliquerait sans distinction, dans les arbitrages forcés, toutes les dispositions du Code de proc. civ.

Il est vrai que l'orateur du gouvernement a dit : « *Qu'indépendamment des dispositions* sur les arbitrages portées au Code de proc. civ., la loi commerciale fixe *un mode particulier qui assure la prompte expédition des affaires.* »

Mais loin de conclure de ces expressions que l'on ait voulu que toutes les dispositions du Code de proc. fussent applicables à l'arbitrage forcé, il est plus naturel d'en tirer cette double conséquence :

1° Que les dispositions du Code de comm. qui dérogent, comme l'art. 54, à l'art. 1007, Cod. proc. civ., et qui le remplacent par les arbitrages forcés, tiennent au mode particulier de ces arbitrages, et repoussent l'application de l'art. 1012, qui n'est qu'un complément de cet art. 1007;

2° Que toute disposition du Code de proc. qui, comme l'art. 1012, tend à retarder l'expédition des affaires, est en opposition avec le mode particulier que le Code de comm. établit pour la hâter. Or, on ne dira pas que s'il faut, d'après l'article dont il s'agit, nommer de nouveaux arbitres à la place de

3308. *Le silence ou la procédure volontaire, après l'expiration du délai fixé pour un arbitrage forcé, équivaut-elle à la prorogation, en sorte que le jugement rendu postérieurement soit valable?*

Oui, suivant MM. Pardessus et Delvincourt, dont M. Merson adopte entiè-

---

ceux qui ont fait les deux tiers du travail qui conduit au jugement, on aura rempli le vœu manifesté par le législateur.

On est convenu de cet inconvénient dans une des consultations opposées, en disant qu'il était la suite de toutes les institutions humaines; mais heureusement il a été prévenu par des dispositions particulières du Code de comm., qui ne permettent pas d'appliquer aux arbitrages forcés celles du Code de proc., qui ne seraient pas en harmonie avec elles. C'est ce qu'exprimait l'orateur du Tribunat, en disant: « Les dispositions du « Code de proc. civ. sur l'arbitrage ne pou- « vant suffire, ni *s'appliquer entièrement* « aux contestations dont il s'agit, le projet « en contient de particulières qu'on a jugées « nécessaires pour remplir l'objet qu'on « avait en vue. »

Il est encore vrai qu'un arrêt isolé de la Cour de Paris a jugé que l'art. 1018 du Code de proc. était applicable aux arbitres de commerce comme aux arbitres volontaires; mais on ne saurait trouver, comme dans la consultation de Toulouse, une identité de raison dans un cas absolument différent de l'espèce de la cause actuelle.

En effet, le Code de comm., en parlant du surarbitre, dans l'art 60, ne déroge point à l'art. 1018, Cod. proc. civ., comme l'art. 54 du premier déroge aux art. 1007 et 1012 du second, en chargeant le tribunal de fixer le délai: donc il n'y a pas identité de raison pour prononcer dans le premier cas, comme le tribunal de Paris a prononcé dans l'autre, puisqu'il n'y a pas même similitude de fait.

Mais comment pourrait-on s'appuyer sur cette prétendue identité de raison, quand il existe incontestablement (on croit l'avoir prouvé) une raison particulière pour repousser l'application de l'art. 1012, Code proc. civ., dans la disposition de l'art. 54 du Code de comm. qui déroge au premier?

N'est-ce pas d'ailleurs un principe généralement reconnu et universellement appliqué, qu'en matière de déchéance et de forclusion, comme lorsqu'il s'agit de nullités, on ne peut argumenter d'un cas à un autre, d'un fait à un autre, ou d'une personne à une autre?

Quant aux considérations tirées de l'esprit général de la loi, et des rapports entre les dispositions du Code de proc. et celle du Code de comm., sur les arbitrages, on croit avoir suffisamment répondu aux arguments qu'on en a tirés dans les consultations données contre le sieur Poulet.

Il reste à prouver qu'un tribunal de commerce, après avoir nommé les arbitres et fixé le délai pour le jugement, a droit de statuer sur la demande en prorogation formée par Poulet, avant l'expiration de ce délai.

On fait deux objections sur ce point:

1° Les arbitres remplacent les tribunaux de commerce; or, dès qu'ils sont institués, le tribunal ne peut s'immiscer en rien dans ce qui concerne la contestation qui leur a été soumise: il ne peut donc accorder une prorogation de délai;

2° La disposition de l'art. 54, Cod. comm. serait illusoire, si le délai n'était pas fatal: donc encore le juge n'a pas la faculté d'accorder cette prorogation.

Le Conseil estime que ni l'une ni l'autre de ces objections ne sont fondées.

Il est vrai, quant à la première, que les arbitres remplissent les fonctions du tribunal de comm.; mais ils ne les exercent qu'en ce qui concerne l'instruction et le jugement du procès, tout ce qui est relatif au délai excède leur compétence. L'art. 54 l'attribue aux tribunaux ordinaires de commerce, ainsi que l'institution des arbitres, si les parties ne sont pas d'accord sur l'un ou l'autre point.

C'est par suite que, dans le cas où un arbitre serait légitimement empêché, il n'appartiendrait pas à l'arbitre restant de choisir le nouvel arbitre, en cas que les parties ne fussent pas d'accord pour en convenir elles-mêmes; et qu'il faudrait nécessairement, si toutes deux ne consentaient pas à rompre l'arbitrage, revenir au tribunal ordinaire pour compléter le tribunal spécial, qui ne cesserait pas d'être saisi de la contestation.

De même, les arbitres ne peuvent proroger, de leur autorité propre, le délai fixé par le tribunal de commerce pour les jugements; les parties doivent se pourvoir devant ce tribunal, lorsque ce même délai, qu'il n'a pu fixer qu'au hasard, ne leur semble pas suffisant.

Cet incident ne soumet au tribunal rien

rement l'opinion, p. 75, un arrêt de la Cour de Rennes, du 13 mai 1820, et un autre de la Cour de Bordeaux, du 27 fév. 1823. (S. 23.2.220.)

Mais la Cour de cassation a rejeté cette doctrine en cassant, le 22 avril de la même année, la décision de la Cour de Rennes, sur la plaidoirie très bien raisonnée de M. Guillemin. Cette plaidoirie ayant été rapportée en entier par

---

de ce qui concerne le fond de la contestation; il n'agit toujours que dans le cercle de sa compétence, qui, on le répète, se borne à l'institution des arbitres et à la fixation du délai.

Prétendre qu'une fois le délai fixé par le jugement contenant nomination des arbitres, on ne peut se pourvoir qu'en appel ou en cassation, c'est faire, dans l'espèce de la question que l'on examine, une véritable pétition de principe, car c'est présupposer que ce délai ne peut être prorogé.

Mais s'il a été prouvé que le délai fixé par le tribunal de commerce ne peut être assimilé à celui que les parties auraient réglé, ou que la loi a déterminé, dans le cas des arbitrages volontaires, la prorogation peut avoir lieu.

Or, il n'y a évidemment que le tribunal de commerce qui puisse prononcer cette prorogation, si les parties ne sont pas d'accord.

Sur la seconde objection, on ne pense pas qu'il soit exact de dire que la disposition de l'art. 34, Cod. comm., deviendrait illusoire si le délai pouvait être prorogé.

En effet, la loi a voulu hâter la décision des contestations pour lesquelles elle a prescrit l'arbitrage forcé, et elle a voulu que le tribunal fixât un délai pour prononcer le jugement; mais elle n'a pas déclaré que ce délai serait fatal, sous peine de cessation des fonctions conférées aux arbitres, et cette considération suffirait pour décider la question, car, on le répète encore, on ne peut suppléer des déchéances.

Comment admettre d'ailleurs que la loi ait entendu que les arbitres fussent rigoureusement tenus de prononcer dans le délai que le tribunal accorde sans connaissance de cause, dans un temps où il serait impossible de prévoir les incidents qui pourraient retarder l'instruction, et qu'elle ait voulu lui interdire de le proroger, lorsqu'il est reconnu qu'il est insuffisant pour que les arbitres complètent cette instruction nécessaire pour rendre le jugement?

Elle laisse toute la latitude nécessaire au tribunal pour la fixation de ce délai : par quel motif ne pourrait-il pas user, après l'avoir fixé à un terme quelconque, de la faculté de l'étendre jusqu'à une époque qu'il eût pu assigner dès le principe, si on lui en avait démontré la nécessité?

Au reste, la disposition de la loi n'est pas illusoire, puisque le tribunal, d'après les plaidoiries des parties, reste libre d'accorder ou non la prorogation.

Bien plus : le Code de commerce eût-il dit en termes exprès, ce qu'il n'a pas fait, que les arbitres seraient tenus de prononcer dans le délai fixé, on ne penserait pas qu'il en résultât un obstacle absolu à l'exercice de la faculté de proroger, à moins qu'il n'eût déclaré que l'expiration du délai emporterait de plein droit la cessation des pouvoirs des arbitres.

Il en serait ici comme du cas prévu par le décret du 2 fév. 1811, dans la disposition par laquelle il modifie l'art. 735, Cod. proc. civ. Ce décret porte *que les juges seront tenus de statuer sur la demande en nullité des procédures postérieures* à l'adjudication provisoire, dans les trente jours au plus tard avant l'adjudication définitive.

Cependant, il est généralement admis que ce terme n'est pas tellement de rigueur, que les juges ne puissent statuer après ce délai. (*V.* la *Quest.* 2303 de l'*Analyse raisonnée* sur le Code de procédure, devenue le n° 2507 du présent ouvrage.)

Enfin, une dernière observation, qu'il importe de ne pas perdre de vue, c'est que le délai fixé dans l'espèce pour le jugement arbitral, l'a été par le tribunal de commerce de Bordeaux.

Or, il est encore de principe que les délais fixés par les tribunaux ne sont péremptoires qu'autant qu'ils l'ont expressément déclaré; dans le cas contraire, et jusqu'à jugement qui ait prononcé la déchéance, ils sont purement comminatoires.

Par suite de cette conséquence, les tribunaux conservent toujours le droit de proroger ces délais suivant l'exigence du cas. Il serait d'autant plus difficile, d'après la discussion qui précède, d'assigner des raisons valables pour que ce principe ne reçût pas son application en faveur du sieur Poulet, que le Code de procédure en fournit plusieurs exemples, détermine une foule de délais qui n'emportent point forclusion ; tels sont, entre autres, les délais pour faire la sommation ou la déchéance prescrite par les art. 215 et 216, ceux pour produire dans une instruction par écrit, etc.

M. Sirey, t. 23, p. 291, nous sommes dispensé d'entrer dans les détails que comporterait cette question.

[[*Voy.* notre observation sur les *Quest.* 3302 à 3304.]]

3309. *Lorsque quelques-uns des arbitres nommés se sont déportés, et que les délais de l'arbitrage sont expirés au moment où l'on demande à un tribunal que de nouveaux arbitres soient nommés, ce tribunal peut-il faire droit à cette demande, par la considération que, durant le cours du délai, l'arbitre restant l'avait prorogé?*

Par arrêt du 6 nov. 1809, rendu sur opposition à un précédent arrêt contraire, prononcé par défaut, le 12 juill. 1809 (*voy.* S. 6.1.374 et 10.1.59), la Cour de cassation a décidé cette question pour la négative, par le motif que le délai fixé par le compromis était expiré au moment de l'assignation donnée afin de remplacement des arbitres déportés ; que conséquemment la juridiction arbitrale avait entièrement cessé, et ne pouvait se renouveler que du consentement unanime des parties; et qu'ainsi le jugement des contestations qui avait été attribué aux arbitres rentrant essentiellement dans la juridiction ordinaire, la prorogation donnée par un seul arbitre ne pouvait valoir, lorsque, d'après les conventions des parties, le concours de trois arbitres est nécessaire pour toute décision arbitrale.

[[*Voy.* notre observation sur les *Quest.* 3302 à 3304.]]

[[**3309** bis. *Lorsque le compromis contient clause formelle que l'empêchement de l'un des arbitres donnera lieu à son remplacement, soit par les arbitres restants, soit par les parties elles-mêmes, en cas de désaccord, à qui appartient la nomination du remplaçant?*

Suivant MM. Pigeau, *Comment.*, t. 2, p. 724, et Boitard, t. 3, p. 436, c'est le président du tribunal chargé de rendre exécutoire la sentence des arbitres. Ces auteurs tirent, en faveur de leur système, une induction de l'art. 1017, qui accorde le même droit à ce magistrat, dans le cas où les arbitres autorisés à choisir un tiers, en cas de partage, ne pourraient en convenir. Il est dangereux, en cette matière, de raisonner par analogie. C'est au tribunal entier qu'appartiennent les nominations d'office en cette matière, et il s'agit ici d'une nomination d'office, sans laquelle la convention des parties ne pourrait être exécutée.]]

[[**3309** ter. *Un arbitre peut-il, en se retirant avant que les opérations soient terminées, déclarer s'en remettre pour le jugement à ses coarbitres, ou bien cette circonstance met-elle fin au compromis?*

En faveur de la première opinion, embrassée par la Cour de Metz, le 20 nov. 1821 (*J. Av.*, t. 16, p. 456), on peut dire que l'arbitre dans ce cas ne s'est pas, à proprement parler, déporté; que l'autorisation qu'il donne aux autres juges de statuer en son absence est d'autant plus licite, que rien ne l'empêche, lors de la sentence, de refuser de donner ou de motiver son avis ; enfin, dans l'espèce soumise à la Cour de Metz, l'arbitre, en se retirant, avait remis aux autres un mémoire où se trouvaient développées ses raisons de décider.

Quelles que soient les circonstances particulières qui puissent venir à l'appui d'une semblable doctrine, elle nous paraît en elle-même inconciliable avec le texte et l'esprit des art. 1011 et 1012. La loi veut que les arbitres prennent part à toutes les opérations, qu'ils ne puissent déléguer un ou plusieurs d'entre eux pour y procéder, encore moins pour rendre le jugement. Lorsqu'il n'est

plus question que de prononcer la sentence, l'arbitre qui se retire ne fait que manifester une mauvaise volonté ou un caprice évidents, impuissants à prévaloir contre les faits acquis aux parties ; mais avant cette époque, sa retraite est un véritable déport.]]

3310. *Lorsqu'un compromis reste sans effet, à raison d'une des circonstances qui en opèrent l'extinction, les actes faits pour l'instruction doivent-ils avoir le leur, en ce sens que s'ils constataient quelque reconnaissance de l'une des parties sur la vérité d'un fait contesté, ou qu'il en eût été fait quelque preuve devant les arbitres, ces actes pourraient être produits, et faire foi en justice?*

Les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 382, décident cette question pour l'affirmative, en citant un arrêt rapporté par Mornac, la loi 55 au Code, *de Receptis*, etc., et la loi 20, aussi au Code, *de Testibus.* M. Boucher, n° 250, p. 140, donne la même solution.

Enfin, Jousse professe la même doctrine, dans son Traité de l'administration de la justice, p. 707, n° 54, et il est essentiel de remarquer qu'on la retrouve au *Nouv. Répert.*, au mot *Arbitrage*, t. 1, p. 298, sans que M. Merlin, qui a pris soin d'y noter tous les changements apportés par notre nouvelle législation aux anciens principes concernant les arbitrages, ait fait à ce sujet la moindre observation.

Cependant on pourrait argumenter contre cette décision de la disposition de l'art. 401 (*voy.* nos questions sur cet article), d'après laquelle la péremption emporte extinction de la procédure, *sans qu'on puisse, dans aucun cas, opposer aucun des actes de la procédure éteinte, ni s'en prévaloir*, et conclure de là que l'extinction d'un compromis n'étant à vrai dire qu'une extinction de procédure, qu'une péremption, puisque la demande dont les arbitres ont été saisis peut être renouvelée, il y a même raison de décider.

Nous répondrons qu'il n'y a pas même raison de décider, parce que les deux cas diffèrent essentiellement. En effet, si l'art. 401 annulle tous les actes d'une procédure périmée, parce qu'il serait contradictoire qu'une procédure anéantie ne le fût pas sous tous les rapports, l'art. 1012 ne prononce que l'extinction d'un acte isolé, *le compromis*, et ne déclare point périmée la procédure faite en exécution de cet acte, lorsqu'il subsistait. Que la sentence soit nulle, c'est une conséquence de ce que le compromis n'existe plus au moment où elle est rendue; mais il doit en être tout autrement relativement aux actes d'instruction faits antérieurement, et lorsque le compromis avait encore toute sa force.

Nous estimons, en conséquence, que l'on doit résoudre aujourd'hui la question qui nous occupe comme elle l'a été par l'ancienne jurisprudence, sauf la distinction que nous venons de faire entre les actes faits avant l'expiration du délai et ceux qui l'auraient été depuis. Cette opinion trouverait au besoin un nouvel appui dans la solution de la *Quest.* 3304.

[[MM. Favard de Langlade, t. 1, p. 199, et Thomine Desmazures, t. 2, p. 667, émettent une opinion conforme à celle de M. Carré. MM. Goubeau, t. 1, p. 217 et 311, et Bellot, t. 2, p. 318, en la reproduisant, font remarquer que les tribunaux ordinaires, ou les nouveaux arbitres saisis de la contestation ne sont pas liés par les jugements préparatoires qu'auraient rendus leurs prédécesseurs, et qui ordonneraient une enquête, un rapport d'experts, etc. Tel est aussi notre avis. Mais en ce qui touche la reconnaissance ou la preuve d'un fait, nous ne concevons pas l'importance de la distinction entre les actes passés avant ou après l'expiration du délai : ce n'est pas effectivement comme pièces du compromis qui est éteint, mais comme déclaration extrajudiciaire que l'aveu,

la reconnaissance, etc., sont présentés. Peu importe, par conséquent, que le compromis soit nul ou tombé en péremption, pourvu que la pièce ne soit d'ailleurs infectée d'aucun vice qui empêche qu'elle soit admise en justice.]]

3311. *Les arbitres peuvent-ils, après l'expiration du délai, interpréter ou expliquer leur sentence sur la demande d'une seule partie?* [[*Ou sur l'injonction de la Cour devant laquelle appel a été interjeté de la sentence arbitrale?*]]

Oui [[sur le premier point]], suivant Jousse, p. 702, n° 16, et l'ancien *Répertoire*, au mot *Arbitrage;* mais M. Merlin pense avec raison, dans sa nouvelle édition, t. 1, p. 297, que, dans tous les cas, les arbitres dont les pouvoirs sont consommés ne peuvent interpréter leur sentence que sur la demande des deux parties.

[[C'est également notre avis. Si, le terme du compromis expiré, les arbitres ne peuvent rendre leur sentence, à moins d'une prorogation consentie par tous les compromettants, à plus forte raison doit-il en être ainsi dans l'hypothèse prévue par M. Carré.

Les juges sont moins compétents encore que l'une ou plusieurs des parties pour demander aux arbitres d'interpréter leur sentence. La Cour de Bordeaux, 13 juill. 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 218), a cependant décidé qu'il était permis aux juges d'appel de renvoyer l'affaire devant les arbitres, pour statuer sur de prétendues omissions ou erreurs de calcul relevées dans un compte par eux admis. Il est vrai de dire que ce n'est pas là une interprétation proprement dite, mais bien une action nouvelle en redressement dont doivent en général connaître les tribunaux qui ont rendu le premier jugement, aux termes de l'art. 541 (*Voy.* nos questions sur cet article). Toutefois, la décision de la Cour de Bordeaux nous paraît susceptible de critique, en ce qu'elle soumet à des juges dont le pouvoir est expiré un débat que les parties s'étaient accordées à porter devant elle. Leur droit, dans l'espèce, était incontestable, puisqu'il s'agissait d'erreurs matérielles qu'il n'est pas besoin de signaler aux premiers juges par voie de nouvelle action, tant que la faculté d'interjeter appel reste ouverte. Ainsi, en dehors du consentement unanime des parties, nous ne croyons pas qu'il y ait moyen pour les arbitres, en interprétant ou en corrigeant leur sentence, de proroger leur juridiction éteinte. Il est d'ailleurs certain que nul tribunal ne peut forcer les parties à cette prorogation; Cass., 25 juill. 1827 (*J. P.*, 3e éd., t. 21, p. 654).]]

Art. 1013. Le décès, lorsque tous les héritiers sont majeurs, ne mettra pas fin au compromis; le délai pour instruire et juger sera suspendu pendant celui pour faire inventaire et délibérer.

Cod. civ., art. 795 et suiv. — Cod. comm., art. 62, 63. — Cod. proc civ., art. 1007. — [Notre Dict. gén. de proc. civ., v° *Arbitrage*, nos 226 à 228. — Arm. Dalloz, *cod. verb.*, nos 486 à 494.

Questions traitées : Pour que le décès d'une partie interrompe ou fasse cesser le compromis, faut-il qu'il soit légalement notifié aux autres parties compromettantes? *Q.* 3311 *bis.* — Si l'héritier a cédé ses droits à un tiers, est-ce avec ce dernier que doit se continuer le compromis? *Q.* 3311 *ter.* — Toutes les parties peuvent-elles se prévaloir, contre le compromis, de la nullité résultant de ce qu'il a été rendu vis à-vis des héritiers mineurs du défunt? *Q.* 3311 *quater.* — La clause compromissoire par laquelle les parties conviendraient pour elles et leurs héritiers, même mineurs, de soumettre leurs différends à la juridiction arbitrale, serait-elle obligatoire pour ceux-ci? *Q.* 3311 *quinquies.*]

DCVI. Cette disposition se rapporte aux art. 797 et 1122, Cod. civ., et 184, Cod. proc. civ.; aussi, suivant la règle *inclusio unius, exclusio alterius,* faut-il

décider que le compromis prend fin, si tous les héritiers de la partie décédée ne sont pas majeurs, à moins que l'instruction de la procédure ne soit terminée et les points de l'arbitrage arrêtés lors du décès.

[[**3311** bis. *Pour que le décès d'une partie interrompe ou fasse cesser le compromis, faut-il qu'il soit légalement notifié aux autres parties compromettantes?*

L'affirmative semble résulter de deux arrêts, l'un de Montpellier, 15 janv. 1816 (*J. Av.*, t. 16, p. 525), l'autre de Poitiers, 22 juill. 1819 (*J. Av.*, t. 7, p. 82), mais avec certaines restrictions qu'il importe de ne pas oublier.

Ainsi, d'après la Cour de Montpellier, les arbitres ne sont-ils saisis ni par l'acceptation de l'arbitrage, ni par une citation donnée devant eux? En un mot, les opérations arbitrales ne sont-elles pas encore commencées? La notification du décès n'a plus d'intérêt, parce que, dit cette Cour, le compromis lui-même est anéanti de plein droit. Au contraire, les opérations sont-elles avancées à ce point que la cause soit en état? La Cour de Poitiers, comme M. RODIÈRE, t. 3, p. 18, considère en ce cas la notification comme inutile, parce que le compromis existe avec toute son efficacité. Cette dernière décision nous paraît juste, lors même que la partie décédée laisserait des héritiers mineurs; car si la loi défend à ceux-ci de compromettre, cette prohibition qui explique pourquoi, d'après l'art. 1013, leur présence met fin au compromis, n'est pas applicable à l'espèce où ces mineurs n'ont pris aucune part à une instance commencée, soutenue par leur auteur, que nous supposons jouissant de l'exercice de ses droits, et conduite par lui à son dernier terme, ce qui exclut toute idée de préjudice et de lésion. Si, au moment du décès, la sentence était rédigée et signée, mais non encore connue, il n'y aurait plus de difficulté. *Voy.* Cass., 17 mars 1806 (*J. P.*, 3e éd., t. 5, p. 232).

A l'égard de l'arrêt précité de Montpellier, nous ne voyons pas qu'il détermine d'une manière précise le point de la procédure où la notification de l'acte de décès est indispensable pour faire cesser ou pour interrompre l'instance. Du moment où le compromis est signé des parties, cette instance a pris son cours : l'absence, le désistement de l'une d'elles n'y porte aucune entrave; son décès même n'est qu'une cause de retard, lorsque les héritiers qu'elle laisse sont majeurs et maîtres de leurs droits. Il faut donc, pour que l'effet de l'article 1013 soit produit, que ce décès soit connu, qu'il soit notifié par les héritiers aux arbitres, pour interrompre les poursuites commencées du vivant de leur auteur.

M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 667, envisage la question sous un autre point de vue. Nous croyons que celui auquel nous nous sommes placé est plus conforme à l'esprit de l'art. 1013.]]

[[**3311** ter. *Si l'héritier a cédé ses droits à un tiers, est-ce avec ce dernier que doit se continuer le compromis?*

Nous ne trouvons aucune difficulté sérieuse à cette question, quoi qu'en dise M. GOUBEAU, t. 1, p. 155, qui suppose, nous ne savons sur quel fondement, que l'art. 1013 déroge à l'art. 1122, Cod. civ., La convention d'arbitrage n'est pas exclusivement attachée à la personne de ceux qui l'ont souscrite : elle passe aux héritiers et par suite aux ayants cause; car l'art. 1122 ne distingue pas. A la vérité, l'art. 1013 suspend la procédure pendant le délai pour faire inventaire et délibérer : cette disposition suppose évidemment que l'héritier s'est porté héritier sous bénéfice d'inventaire, et que, s'il avait accepté purement et simplement, il n'y aurait pas de retard. Il n'y en aura aucun, par conséquent, en ce

qui concerne l'ayant cause, lequel se trouve dans la position d'un héritier pur et simple. C'est aussi l'avis de M. Bellot, t. 3, p. 6.]]

[[**3311** quater. *Toutes les parties peuvent-elles se prévaloir, contre le compromis, de la nullité résultant de ce qu'il a été rendu vis-à-vis des héritiers mineurs du défunt?*

Nous savons que si le compromis prend fin par la présence d'héritiers mineurs, c'est à cause de leur incapacité de contracter des engagements, et que l'art. 1003 est le corrélatif de l'art. 1012. Nous avons dit, à propos de cette dernière disposition, que la nullité résultant de la qualité de mineur était relative, et que le mineur seul pouvait s'en prévaloir; d'où la conséquence que lui seul aussi sera en droit de se plaindre de la continuation du compromis après le décès de son auteur, et d'en demander la nullité en ce qui le concerne. C'est ce que paraît avoir admis la Cour de Poitiers, le 22 juillet 1819 (*J. Av.*, t. 7, p. 82). La Cour de cass., 21 niv. an XII (*J. Av.*, t. 27, p. 28), a rendu une décision semblable, dans une espèce où les compromettants majeurs qui réclamaient la nullité du compromis en avaient poursuivi l'exécution contre les héritiers mineurs de l'un deux. Ils sont repoussés, en effet, dans ce cas, par une double fin de non-recevoir.]]

[[**3311** quinquies. *La clause compromissoire par laquelle les parties conviendraient, pour elles et leurs héritiers, même mineurs, de soumettre leurs différends à la juridiction arbitrale, serait-elle obligatoire pour ceux-ci?*

La Cour de cass., le 28 janv. 1839 (*J. P.*, 1839, 1.103), s'est prononcée pour la négative, dans une espèce où les parties avaient, il est vrai, engagé simplement leurs héritiers ou ayants cause, sans s'expliquer sur le cas où ceux-ci se trouveraient en état de minorité; mais les motifs donnés à l'appui de l'arrêt s'appliquent également à l'une et à l'autre hypothèse. Si, en principe, l'on est toujours censé stipuler pour ses héritiers, cette règle reçoit exception toutes les fois que la convention est de nature à ne pouvoir être remplie que par des personnes capables et jouissant de leurs droits. Or, c'est à ces personnes seules que l'art. 1003 permet de compromettre. Les incapables ne peuvent s'obliger de cette manière, ni, à plus forte raison, être engagés par leur auteur, contrairement à la disposition formelle de l'art. 1013. Tel est aussi l'avis de M. Rodière, t. 3, p. 18.

Il est, du reste, certain que les héritiers mineurs sont, comme les parties elles-mêmes, soumis aux effets d'un compromis réalisé, par exemple, à la renonciation à la faculté d'appel, comme l'a encore jugé la Cour de cass., le 8 mai 1837 (*J. P.*, 1837, 1.419.)]]

Art. 1014. Les arbitres ne pourront se déporter, si leurs opérations sont commencées : ils ne pourront être récusés, si ce n'est pour cause survenue depuis le compromis.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 562, nos 6 à 9.] — Cod. proc., civ., liv. 2, 1re part., et art. 1012. — [Notre Dict. gén. de proc., vo *Arbitrage*, nos 139 à 157, et 168 à 173. — Arm. Dalloz, *cod. verb.*, nos 495 à 546. — Devilleneuve, *cod. verb.*, nos 31 à 36, et vo *Récusation*, nos 6, 9, 10 et 12. — Locré, t. 23, p. 390, no 5, p. 405, no 5; p. 424, no 4, et p. 439, no 10.

Questions traitées : Quelles sont les causes pour lesquelles les arbitres peuvent se déporter? *Q.* 3312. — L'empêchement est-il une cause de déport? *Q.* 3313. — Est il des moyens de forcer l'arbitre à exécuter la commission qu'il a acceptée? *Q.* 3314. — Le déport ne peut-il résulter que d'un acte signifié à la partie par l'arbitre qui ne veut plus prendre part au procès? *Q.* 3314 *bis*. — L'absence d'un arbitre qui ne se rend pas au jour fixé pour procéder autorise-t-elle les autres arbitres à prononcer seuls? *Q.* 3315. — Pour quelles causes les arbitres peuvent-ils être récusés?

Quid s'ils ont été nommés d'office par le juge? *Q.* 3316. — Quel est le délai dans lequel on doit former la récusation contre des arbitres forcés ou les arbitres volontaires nommés d'office par le juge? *Q.*3317.— Quand doivent être récusés les arbitres volontaires du choix des parties? *Q.*331 *bis.* —En quelle forme se fait la récusation? *Q.* 3318. — Toutes les parties qui ont souscrit le compromis doivent-elles être mises en cause, sur la demande en récusation d'un ou de plusieurs arbitres? *Q.* 3318 *bis.* — De quelle époque court le délai pour récuser? *Q.* 3319. — Les arbitres sont-ils juges de la récusation de l'un d'eux? *Q.* 3320. — Les parties pourraient-elles par une clause du compromis, prévoyant le cas de récusation de l'un des arbitres, autoriser les autres à statuer sur la récusation? 3320 *bis.* — Quel tribunal doit prononcer sur la récusation des arbitres? *Q.* 3321.]

DCVII. C'est, comme nous l'avons dit au commentaire de l'art. 1008, un principe certain que les contrats obligent irrévocablement ceux qui les ont souscrits.

Nous avons vu une juste conséquence de ce principe tutélaire, dans la défense qui est faite aux parties de révoquer les arbitres pendant le délai de l'arbitrage. La disposition de l'art. 1014 en présente une autre : quoique les fonctions d'arbitre soient libres, qu'il dépende de chacun d'accepter ou de refuser, même de refuser après avoir accepté, néanmoins, dès l'instant que les arbitres ont commencé à procéder, il s'est formé entre eux et les parties un quasi-contrat qui leur interdit de se déporter : *voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consumere.* (Loi 17, ff *de Commod.*, et loi 15, ff. *Qui arbitr. recep.*)

De même, les parties les ayant choisis elles-mêmes, librement et spontanément, il ne leur est plus permis de les récuser, si ce n'est pour causes survenues depuis le compromis. Telle est aussi la règle établie par le droit romain (*leg. apertissimi. Cod., de Judic., et leg. penult. et ult., Cod., de Except.*), et ce qui est également en rapport avec les dispositions de l'art. 308, Cod. proc. civile.

3312. *Quelles sont les causes pour lesquelles les arbitres peuvent se déporter?*

Ce sont celles pour lesquelles ils pourraient être récusés (V. *Quest.* 3316) (1).

[[Il faut remarquer que toutes les causes de déport énumérées dans la note ci-dessous, ainsi que dans la *Quest.* 3316, et sur la légitimité desquelles il ne peut d'ailleurs s'élever aucun doute, sont indépendantes de la volonté, ou du moins de la prévision tant des arbitres que des parties. Il pourrait se faire néanmoins que le compromis prévît l'hypothèse qui donne lieu au déport, et autorisât en ce cas les parties à choisir d'autres arbitres, ou ceux-ci à se retirer volontairement, et fixât les conditions de remplacement. Nous pensons que cette clause devrait être déclarée valable, ou, pour mieux dire, nous ne voyons aucun motif de l'annuler. Une telle convention de la part des compromettants peut s'expliquer par des raisons très plausibles, et qu'il est facile de comprendre. Toutefois, comme elle déroge au droit commun, 1° en ce qu'elle autorise les arbitres à se déporter à leur volonté ; 2° en ce qu'elle maintient le compromis auquel ce déport devrait mettre fin, aux termes de l'art. 1012, il faut que les termes de la clause ne laissent aucun doute sur l'intention de ceux qui l'ont souscrite. Aussi, dans un compromis conçu en ces termes : *En cas de retraite ou de refus de l'un des arbitres pour une cause quelconque, il sera procédé à son remplacement,* la Cour de Paris, 8 mai 1824 (*J. Av.*, t. 26, p. 291), a pu ne voir

(1) M. Pardessus assigne les causes suivantes, t. 5, p. 97 : 1° Si le compromis était vicieux et nul; 2° si l'arbitre avait été injurié et diffamé par les parties, ou s'il était intervenu entre lui et elles une inimitié capitale; 3° s'il était survenu à l'arbitre une maladie ou incommodité grave qui le mît hors d'état de s'occuper de l'arbitrage; 4° si ses propres affaires demandaient instamment tous ses soins; 5° enfin, si un emploi public, accepté depuis le compromis, réclamait tous ses moments.

autre chose que la prévision du cas où les arbitres se retireraient *avant que les opérations fussent commencées.* Sans doute, en prenant tels qu'ils sont les termes de l'acte, cette interprétation paraît arbitraire; mais d'autres faits ont dû la rendre admissible, et c'est de leur appréciation que dépend la solution de toutes les difficultés du même genre.]]

3313. *L'empêchement est-il une cause de déport?*

Oui, puisque l'art. 1012 porte que le compromis finira par l'empêchement d'un des arbitres. Mais cet article n'a point caractérisé cet empêchement, sur quoi M. Berriat Saint-Prix, p. 41, not. 14, fait observer que, dès que l'art. 1014 ne permet pas aux arbitres de se déporter à leur volonté, le Code donne à entendre que l'empêchement doit être *légitime,* ainsi que le veulent la raison et l'équité. Or, ajoute-t-il, p. 43, not. 21, on met au nombre des empêchements légitimes l'inimitié capitale, l'âge avancé, les maladies, les fonctions publiques, etc. (*Voy.* Jousse, p. 706, n° 51.)

Nous remarquerons qu'il n'est pas besoin de justifier de l'empêchement légitime, si les opérations ne sont pas commencées.

En effet, l'art. 1012 autorise les arbitres à *refuser* de concourir à l'arbitrage sans en donner de motifs, puisqu'il porte que le compromis finit par le *refus* des arbitres. On doit donc, en rapprochant les deux art. 1012 et 1014, regarder comme certain que les fonctions des arbitres sont essentiellement libres, lorsqu'ils n'ont pas commencé leurs opérations; mais il ne faudrait appliquer rigoureusement ce principe qu'en matière d'arbitrage volontaire; car en matière d'arbitrage forcé, où le tribunal de commerce délègue ses pouvoirs aux arbitres, ceux-ci doivent être considérés comme de véritables juges, et il ne leur est pas plus permis qu'il ne l'est à ceux-ci de refuser leur ministère, s'ils n'en ont des motifs suffisants, qu'ils doivent soumettre à l'examen de l'autorité judiciaire. C'est ce qui a été sagement décidé par arrêt de la Cour de Bruxelles du 22 août 1810, rapporté au *J. Av.*, t. 1, p. 568.

[[Ces applications ont été presque littéralement reproduites par la plupart des auteurs qui ont écrit sur l'arbitrage, et approuvées de tous. Nous n'avons rien à y ajouter.]]

3314. *Est-il des moyens de forcer l'arbitre à exécuter la commission qu'il a acceptée?*

Nous pensons, avec les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 367, et M. Boucher, p. 302, n° 619, que l'art. 1014, voulant que les arbitres ne puissent se déporter, entend qu'ils remplissent leur tâche, et donne conséquemment aux parties, sinon la faculté de les contraindre précisément à juger, du moins le droit d'obtenir contre celui qui négligerait de remplir l'obligation qu'il a contractée les dommages-intérêts auxquels peut être condamnée, d'après l'art. 1142, Cod. civ., toute personne qui ne remplit pas une obligation qui consiste à faire.

[[Tous les auteurs sont d'accord sur ce point que la convention de juger un différend étant une obligation de faire, doit, à défaut d'exécution, se résoudre en dommages-intérêts. Quelques-uns ont été plus loin, et se sont demandé si l'arbitre qui se déporte n'est pas soumis à la prise à partie. L'affirmative est généralement admise pour les arbitres forcés, et la négative pour les arbitres volontaires. (*Voy.* sur ce point notre *Quest.* 1801 *bis*, t. 4, p. 389.)]]

[[**3314** bis. *Le déport ne peut-il résulter que d'un acte signifié à la partie par l'arbitre qui ne veut plus prendre part au procès?*

Les principes émis sur la question précédente nous servent à résoudre celle-ci.

Nous avons dit que le déport est, en définitive, et bien que les termes de l'art. 1014 semblent supposer le contraire, un acte essentiellement facultatif, le consentement des arbitres à juger une contestation devant être considéré comme une obligation de faire, susceptible, en cas d'inexécution, d'entraîner une action en dommages-intérêts contre son auteur. Il n'est donc pas conforme à sa nature, il serait d'ailleurs injuste d'exiger un acte écrit constatant le déport, acte que l'arbitre qui se retire ne négligera d'ailleurs jamais de faire, lorsqu'il aura à présenter des motifs légitimes d'empêchement.

En conformité de ces principes, il a été jugé :

Par la Cour de Bruxelles, 4 fruct. an XII (*J. Av.*, t. 4, p. 524), que l'arbitre qui accepte de l'une des parties le mandat de citer l'autre en conciliation sur les difficultés qui font l'objet du compromis est par là même censé se déporter ;

Par la Cour de cassation, le 24 déc. 1817 (*J. Av.*, t. 4, p. 627; DEVILLENEUVE, *Collect. nouv.*, 5.1.394), que le compromis prend fin à compter du jour du refus de l'un des arbitres, encore bien que ce refus n'ait pas été notifié aux parties.

Il faut, du reste, se garder de confondre avec le déport proprement dit le refus, fait par un arbitre qui a pris part aux opérations, de signer le procès-verbal ou d'y constater son avis. *Voy.* nos *Quest.* 3328 *bis* et 3329, où les motifs de cette décision sont suffisamment développés. M. DE VATIMESNIL, p. 625, n° 196, va jusqu'à décider que le refus de l'arbitre de prendre part à certains actes ne doit pas être assimilé au déport, lorsqu'il n'empêche pas de continuer l'arbitrage. Mais la question est précisément de savoir si les opérations arbitrales ne sont pas interrompues par cela seul qu'il leur manque la participation de tous les juges. Or, sur ce point, l'art. 1011 ne permet pas même le doute, et démontre que l'opinion de M. de Vatimesnil est mal fondée.]]

3315. *L'absence d'un arbitre qui ne se rend pas au jour fixé pour procéder, autorise-t-elle les autres arbitres à prononcer seuls?*

M. BOUCHER, p. 291, n° 591, appuie l'affirmative sur un arrêt du 11 janvier 1816; mais il nous paraît certain que l'art. 1028 s'oppose à cette décision. En ce cas, les parties doivent sommer l'arbitre de se rendre à un autre jour indiqué, et en cas de refus, le remplacer, sauf contre lui l'action en dommages-intérêts.

[[En thèse générale, la décision de M. Carré est exacte. Il est pourtant des opérations à raison desquelles la présence des arbitres n'est pas indispensable. *Voy.*, art. 1011, *suprà*, notre *Quest.* 3299 *bis.*]]

3316. *Pour quelles causes les arbitres peuvent-ils être récusés?* [[Quid *si les arbitres ont été nommés d'office par le juge?*]]

M. PIGEAU, t. 1, p. 25, dit avec raison qu'ils ne peuvent être récusés que pour les causes d'après lesquelles on admet la récusation des juges ordinaires. Telle est aussi l'opinion de MM. MERSON, p. 43, n° 41, et PARDESSUS, t. 5, p. 98. Nous ne saurions sur quoi l'on pourrait appuyer l'opinion de ceux qui maintiennent que l'on ne doit admettre que les causes de récusation établies pour les justices de paix. On doit remarquer que, d'après l'art. 1014, il faut que la cause de récusation soit survenue depuis le compromis. (*Voy.* JOUSSE, p. 710, n° 61.) Cependant les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 363, estiment que cette règle souffre exception, lorsque les causes antérieures au compromis n'ont été ni pu être connues que postérieurement.

M. THOMINE DESMAZURES, p. 378, est du même avis. « Les parties, dit-il, ne

« peuvent récuser les arbitres que pour des causes survenues depuis le com-
« promis, *c'est-à-dire* pour des causes qu'elles ne pouvaient alors connaître. » Par les motifs exprimés sur la *Quest.* 1394e, t. 3, p. 358, nous ne croyons pas devoir admettre cette interprétation.

[[Le droit de récusation comporte des différences nombreuses, suivant la qualité des personnes contre lesquelles elle est dirigée. Le Code de procédure contient des règles diverses pour la récusation des experts, des juges de paix, des juges ordinaires : elle se tait en ce qui concerne les arbitres; mais ce silence n'a rien d'équivoque. Les arbitres sont juges dans l'instance pour laquelle ils ont été nommés; les causes de récusation, en cette matière, ne peuvent donc être assimilées à celles de la récusation des experts et des tribunaux d'exception : le premier point a été décidé par la Cour de Limoges, 3 déc. 1813 (*J. Av.*, t. 18, p. 636) et n'a jamais souffert de difficulté sérieuse; sur le second, l'opinion de M. Carré a prévalu dans la doctrine, qui, aussi bien que la jurisprudence, est aujourd'hui fixée en ce sens.

Il suit de là que c'est la disposition de l'art. 368, relatif aux causes de récusation des juges ordinaires, qu'il faut appliquer à la matière des arbitrages; Bourges, 6 prair. an IX (*J. Av.*, t. 4, p. 519) et 3 déc. 1813 (*J. Av.*, t. 18, p. 636; DEVILL., *Collect. nouv.*, 1.2.27; 5.2.364). Des questions de diverse nature se sont élevées à ce sujet : quelques auteurs, notamment M. MONGALVY, p. 68, n°s 80 et suiv., ont prétendu que cet article en lui-même était démonstratif, non limitatif; d'autres, en ce qui touche les arbitres, ont voulu en étendre les dispositions, ou du moins se régler d'après d'autres principes. La Cour de Besançon, le 30 déc. 1814 (*J. Av.*, t. 18, p. 639; DEVILL., *Collect. nouv.*, 4.2.431), statuant sur le moyen de récusation pris de ce que l'une des parties serait débitrice ou créancière d'un arbitre, moyen prévu par le n° 4 de l'art. 378, l'a rejeté, sur ce fondement qu'il ne dépend pas d'un arbitre de se déporter, ni par conséquent de se faire récuser au moyen d'un acte volontaire, et la même doctrine a été jusqu'à un certain point admise par la Cour de Metz, 12 mai 1818 (*J. Av.*, t. 4, p. 633). Sur la question de savoir si l'art. 378 est démonstratif ou limitatif, nous n'avons ici rien à ajouter à la décision de M. Carré, non plus qu'aux explications dont nous l'avons accompagnée sous le n° 1364, où nous croyons avoir établi qu'il serait aussi contraire à la dignité des juges qu'à l'intention du législateur d'admettre des causes de récusation que l'art. 378 n'indique pas. Nous ne reviendrons nullement sur ce sujet. Nous ferons seulement remarquer qu'en ce qui concerne l'arbitrage, la même opinion a été adoptée par MM. DE VATIMESNIL, p. 621, n° 183; DEVILL. et MASSÉ, v° *Arbitrage*, n° 50, et formellement consacrée par les Cours de Rennes, 4 fév. 1818 (*J. Av.*, t. 4, p. 628; DEVILL., *Collect. nouv.*, 5.2.349); Douai, 29 avril 1819 (*J. Av.*, t. 4, p. 640); Montpellier, 1er juin 1829 (*ibid.*, t. 37, p. 205); Cass., 16 nov. 1825 et 8 fév. 1832 (*ibid.*, t. 30, p. 187, et t. 43, p. 669; DEVILL., 1832, 1.672), dont les arrêts ont été rendus dans des espèces que l'art. 378 ne comprenait pas dans les causes de récusation des juges.

Mais les décisions que nous venons d'indiquer sont unanimes sur ce point que, si l'on ne peut rien ajouter à l'art. 378, en ce qui concerne les arbitres, on ne peut non plus en rien retrancher, pour quelque motif que ce soit (sauf ce que nous dirons tout à l'heure à raison du fait de la nomination des arbitres), ni enlever aux parties les causes de récusation que cette disposition leur attribue. En adoptant cette doctrine, nous repoussons implicitement celle des arrêts de Besançon et de Metz précités, d'où il semblerait résulter que toute cause de récusation provenant d'un fait volontaire de l'arbitre n'en est pas une pour lui; ce qui anéantirait les cinq sixièmes des dispositions de l'art. 378, les plus importantes, peut-être, sans qu'un seul mot dans la loi autorise une pareille conséquence, sans que rien, d'ailleurs, en justifie la nécessité. Le déport n'a rien

de commun avec la récusation; il est le fait de l'arbitre, et la récusation le fait de la partie, qui est libre de ne pas la demander. Il nous paraît donc sans importance que le motif de suspicion provienne de la volonté des juges ou du concours des événements. Dans tous les cas, l'intérêt est le même, et rien ne doit empêcher la partie de s'en prévaloir.

Il nous reste à dire quelques mots de l'interprétation que donne M. Carré à ces termes de l'art. 1014 : *pour cause survenue depuis le compromis.* Il est évident que les arbitres étant en général nommés par les parties, celles-ci, libres de ne pas admettre les causes de récusation, si elles les croient moins puissantes que l'impartialité et la conscience de leurs juges, sont censées y renoncer, par cela seul qu'elles ont fait choix de personnes dont elles auraient, pour quelques-uns de ces motifs, à suspecter la décision. Aussi, l'art. 378 serait-il inapplicable à l'arbitrage, si la plupart des moyens qu'il énumère n'étaient de nature à survenir postérieurement aussi bien qu'antérieurement au compromis: ce qui a rendu nécessaire la seconde disposition de l'art. 1014. Nous avons déjà dit, sous la *Quest.* 1391, qu'il ne faut pas, comme le fait au même endroit M. Carré, et comme il le répète ici, interpréter d'une manière trop littérale le sens de cet article, et qu'un fait d'alliance, d'inimitié, antérieur au compromis mais ignoré des parties, serait valablement proposé par elles comme cause de récusation. Telle est aussi l'opinion de MM. DALLOZ, t. 1, p. 693, note 1 ; GOUBEAU, t. 1, p. 232; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 669; BOITARD, t. 3, p. 443, et RODIÈRE, t. 3, p. 17.

Ce que nous disons des causes de récusation prévues par l'art. 378, nous le dirons par la même raison de tous les faits de nature à jeter un doute sérieux sur l'indépendance des arbitres vis-à-vis de l'une des parties, faits que celle-ci aurait cachés à l'autre, et qui n'auraient été découverts qu'après le compromis. Il y a, dans ces cas, dol et surprise, comme l'ont jugé les Cours de Besançon, 11 prair. an XI, et de Colmar, 31 janv. 1811 (*J. Av.*, t. 16, p. 454 et 502), et la sentence rendue peut être arguée de nullité.

Mais lorsque la nomination des arbitres a dû être faite d'office par le juge, il importe peu que le moyen de récusation antérieur au compromis ait été ou non connu de ceux qui l'ont signé, puisqu'on ne peut, de leur part, supposer la renonciation implicite à ce moyen. L'art. 1014 est donc inapplicable dans ce cas.]]

3317. *Quel est le délai dans lequel on doit former la récusation contre des arbitres forcés* [[*ou les arbitres volontaires nommés d'office par le juge?*]]

Suivant M. PARDESSUS, t. 5, p. 120, la récusation devrait être, par analogie des règles relatives aux experts, proposée dans les trois jours après que la nomination a été notifiée au récusant, ou légalement connue de lui.

M. MERSON, p. 47, pense que cette récusation ne pouvant avoir pour motif que des causes graves, ou d'une nature telle que la partie qui recourt à cette extrémité a dû faire des recherches pour s'appuyer d'une preuve ou d'un commencement de preuve littérale (1), le délai indiqué par M. Pardessus est évidemment trop bref. Il ajoute, et nous partageons son opinion, que, quant à recourir à des analogies pour déterminer la durée de ce délai, mieux vaut les puiser dans une loi spéciale à une sorte d'arbitrage que dans un recueil général de règles de procédure. Or, dit-il, le décret du 2 octobre 1793, après avoir déterminé

---

(1) [Par analogie de l'art. 388 qui, s'il n'existe pas un commencement de preuve par écrit, laisse à la prudence du juge de rejeter la déclaration ou d'ordonner la preuve testimoniale. *Voy.* Cass., 8 fév. 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 669; DEVILL., 1832, 1.672)]

les causes de récusation des arbitres (institués pour les contestations des communes), portait, art. 6, que les moyens de récusation seraient proposés dans la quinzaine.

[[L'avis de M. Pardessus est partagé par M. Mongalvy, p. 75, n° 80, et la Cour de Rennes, 4 fév. 1818 (*J. Av.*, t. 4, p. 628; Devill., *Collect. nouv.*, 5.2.349), s'est prononcée dans le même sens. Celui de M. Carré a obtenu l'approbation de M. Goubeau, t. 1, p. 249. Quant à nous, la question nous paraît bien simple; il s'agit uniquement de savoir si le délai de la récusation des arbitres sera celui que prescrit l'art. 420, *pour les experts*, ou celui de l'art. 382, relatif aux juges. Or, il est évident que cette dernière disposition est seule applicable, puisque les arbitres sont des juges et non des experts.

Nous repousserons par le même motif l'opinion qui se fonde sur le décret du 2 oct. 1793, décret spécial dont les dispositions sont restreintes au cas qu'il régit, surtout en présence d'une règle générale et fondée sur la raison.

Ce n'est donc ni dans les trois jours, ni dans les quinze jours de leur nomination que les arbitres peuvent être récusés : c'est pendant toute la durée de l'instruction, et plus tard encore, si les causes de la récusation sont survenues postérieurement.

C'est aussi l'opinion de M. de Vatimesnil, p. 623, n° 186. *Voy.* encore un arrêt d'Orléans, 28 déc. 1820 (*J. Av.*, t. 18, p. 647.), rendu en matière d'arbitrage forcé.

En ce qui concerne les arbitres choisis par les parties, *voy.* la question suivante.]]

[[3317 bis. *Quand doivent être récusés les arbitres volontaires du choix des parties?*

M. Dalloz, t. 1, p. 693, en rapportant l'opinion de quelques-uns des auteurs cités sur la question précédente, fait la remarque que nul d'entre eux ne s'occupe du délai de la récusation, en matière d'arbitrage volontaire. Il ne nous paraît pas qu'il puisse s'élever sur ce point de difficulté sérieuse. Nous avons déjà dit que le choix des parties suppose une renonciation tacite aux moyens antérieurs à l'arbitrage et connus de tous les compromettants. La récusation ne pouvant donc avoir pour cause que des faits nés pendant la durée du compromis, il est évident qu'un délai fixe est impossible, et que tout doit dépendre du moment où l'existence de ces faits sera constatée. Ici, par conséquent, s'applique, avec bien plus de raison que dans la question précédente, la disposition de l'art. 382 : tel est l'avis de M. Rodière, t. 3, p. 17. Il est d'ailleurs indubitable que certains actes de la partie emporteraient implicitement renonciation aux moyens de récusation postérieurs, de même que le choix de l'arbitre implique renonciation aux moyens antérieurs au compromis : telle serait, par exemple, la remise des pièces, qui formerait une fin de non-recevoir contre la demande en récusation, comme l'a jugé la Cour d'Orléans, le 28 déc. 1820 (*J. Av.*, t. 18, p. 648).]]

3318. *En quelle forme se fait la récusation?*

Nous avons cru, sur les art. 45 et 384, que, par des motifs de bienséance, le législateur n'a pas permis que les actes de récusation fussent adressés directement au juge; qu'ils lui sont notifiés par l'intermédiaire du greffier; mais il n'existe point comme autrefois de greffier des arbitrages : il faut donc que la récusation soit signifiée aux arbitres eux-mêmes, ou par un huissier, ou, ce qui nous paraîtrait plus convenable, par un notaire. L'acte, dit M. Merson, p. 50, doit être signé sur l'original et sur la copie par la partie ou son fondé de procuration spé-

ciale et authentique, laquelle doit y demeurer annexée; il doit encore contenir les motifs et les moyens de récusation (arg. des art. 45 et 364); enfin, l'original peut être visé par l'arbitre, ou, à son défaut, par le procureur du roi près le tribunal de son domicile. (Arg. de l'art. 1039.)

[[MM. Mongalvy, p. 78, n° 87; Dalloz, t. 1, p. 693; Goubeau, t. 1, p. 251, enseignent la même marche, et ces auteurs se fondent, comme M. Carré, sur l'impossibilité d'une notification par l'intermédiaire du greffier. M. Boitard, t. 3, p. 444, croit aussi que l'acte de récusation doit être adressé directement à l'arbitre, et que la loi l'a voulu ainsi, parce que les motifs de bienséance qui ont fait créer un intermédiaire entre le récusant et son juge n'existent point dans ce cas. Quant à M. Bellot, t. 3, p. 68, il se plaint du silence de la loi et de la lacune qui en résulte. Il croit cependant que l'acte de récusation doit être adressé à l'arbitre, et que cet acte doit être revêtu des formalités indiquées par M. Carré; mais aucune, selon lui, n'est prescrite par le législateur, qui les abandonne en quelque sorte à l'arbitraire des parties.

Enfin, M. de Vatimesnil, p. 623, n° 187, ouvre, bien qu'avec hésitation, un avis qui nous paraît préférable. Il voudrait que la notification fût faite par l'intermédiaire du greffier du tribunal dont le président revêt la sentence arbitrale de l'ordonnance d'*exequatur*.

Nous croyons que non-seulement cette dernière marche est licite, mais encore qu'elle doit être suivie à l'exclusion de toute autre.

Est-il vrai de dire, avec MM. Carré, Merlin, etc., que la procédure ordinaire de la récusation a pour cause un simple sentiment de convenance vis-à-vis du juge dont on demande l'élimination, et, avec M. Boitard, que l'arbitre n'a pas droit aux mêmes égards? Ces deux opinions nous paraissent également mal fondées.

« La récusation, disent les art. 384 et 385, sera proposée par un acte au greffe, qui en contiendra les moyens, et sera signé de la partie. Sur l'expédition de l'acte, remise dans les 24 heures par le greffier au président du tribunal, il sera, sur le rapport du président et les conclusions du ministère public, rendu jugement qui, si la récusation est inadmissible, la rejettera, et, si elle est admissible, ordonnera la communication au juge récusé pour s'expliquer en termes précis sur les faits, dans le délai qui sera fixé par le jugement.... »

Evidemment, il y a dans ces dispositions quelque chose de plus que le soin des bienséances; il y a le vœu d'étouffer en germe une contestation odieuse et mal fondée, de faire régler par un tribunal indépendant et calme la marche ainsi que les délais de l'action. En matière d'arbitrage, l'opportunité de cette procédure n'est-elle pas la même? Pourquoi les juges du choix des parties en seraient-ils privés?

Si M. Boitard a tort de soutenir qu'il n'y a pas dans ce cas identité de motifs, M. Bellot ne nous semble pas mieux fondé à dire que la loi n'a point réglé les formes de récusation propres à l'arbitrage. La section de législation du Tribunat avait proposé de dire : « qu'il y serait procédé ainsi qu'il est dit dans le titre 21 du livre 2 ci-dessus. » Cette proposition resta sans résultat; mais l'intention du législateur n'en est pas moins évidente, si l'on part de ce principe que les arbitres sont *juges*. Nous avons déjà vu, sous les numéros précédents, que la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour appliquer à l'arbitrage les règles ordinaires de la récusation. C'est ce qui a lieu, notamment, à raison des art. 378, 389, etc. (Voy. *suprà*, *Quest.* 3316 et 3317 à la note.) Pourquoi n'en serait-il pas de même des articles 384 et 385?

Mais, dit-on, ces dernières dispositions sont inapplicables à la matière, puisque les arbitres n'ont pas de greffier.

L'objection sans doute aurait quelque valeur, si l'action en récusation était portée devant le tribunal arbitral lui-même. Mais nous verrons, sur la *Ques-*

tion 3320, que les juges de 1re instance sont seuls compétents pour en connaître. Cela posé, nous ne voyons pas qu'il existe la moindre difficulté dans cette marche que l'on déclare impossible. L'acte de récusation sera notifié au greffe du tribunal, où le litige qui fait l'objet du compromis aurait dû être porté, et qui, d'ailleurs, peut seul juger la demande en récusation. Le greffier, dans les 24 heures, en donnera communication au président du tribunal, sur le rapport duquel jugement sera rendu, qui statuera sur l'admissibilité, et fixera le délai dans lequel l'arbitre récusé sera tenu de fournir ses explications, etc. Il suffit, en un mot, de se reporter au texte des articles qui règlent ces diverses formalités.

La jurisprudence n'a pas eu à s'expliquer sur la question posée, dans ses termes généraux. Toutefois, nous pouvons, en faveur de notre opinion, nous prévaloir d'un arrêt de Montpellier, 26 juin 1834 (*J. Av.*, t. 49, p. 719; Devill., 1835.2.191), qui admet la nécessité pour la partie de signer son acte de récusation, nécessité qui n'existerait pas si les règles ordinaires étaient inapplicables à l'arbitrage.

La Cour de Bourges, 3 déc. 1813 (*J. Av.*, t. 18, p. 636; Devill., *Collect. nouv.*, 4.2.364.), a également admis la voie du dépôt au greffe, à l'égard de l'arbitre nommé d'office par le tribunal.]]

[[**3318** bis. *Toutes les parties qui ont souscrit le compromis doivent-elles être mises en cause, sur la demande en récusation d'un ou de plusieurs arbitres?*

On peut, pour soutenir la négative, dire avec un arrêt d'Orléans, 28 déc. 1820 (*J. Av.*, t. 18, p. 647), qu'un procès en récusation ne concerne que trois personnes, le récusant, le ministère public et le récusé. D'ailleurs, l'art. 385, qui établit les formes de récusation, auxquelles nous avons dit, sur la question précédente, qu'il fallait se référer en matière d'arbitrage, exige simplement la communication de la demande au juge récusé, et non aux autres parties du procès, étrangères, d'ailleurs, à cet incident.

Ces arguments sont loin de nous paraître péremptoires. La mise en cause de toutes les parties est, en quelque sorte, de droit commun, puisque la demande en récusation tend à leur enlever un ou plusieurs de leurs juges, et par là, peut-être, à les soustraire à leur juridiction naturelle. L'art. 47, au titre des justices de paix, qui, dans un but de célérité, dispose que la récusation sera jugée sans qu'il soit besoin d'appeler les parties (ce qui, du reste, n'empêche pas celles-ci d'intervenir, comme il est dit sous la *Quest.* 202), est une disposition exceptionnelle, et qui ne se retrouve plus au titre de la Récusation des juges de première instance.

Remarquons ici que l'arrêt précité d'Orléans a été rendu dans l'espèce d'un arbitrage forcé, où les inconvénients de l'opinion que nous combattons sont moins sensibles, puisqu'il est permis en cette matière de remplacer, indépendamment de la volonté des parties, le juge récusé : mais dans l'arbitrage volontaire, où un tel incident a pour effet de rendre incomplet le tribunal arbitral, et, par conséquent, de faire tomber le compromis, on ne peut dire qu'il concerne uniquement la partie récusante et le juge récusé; et les autres compromettants ne seraient-ils pas en droit de se plaindre, si, plus tard, en poursuivant l'instance, on leur opposait un jugement de récusation qui la rend impossible, et auquel ils n'ont pas été appelés? Evidemment, leurs intérêts seraient blessés par une telle marche. Aussi, croyons-nous, non-seulement qu'il leur est permis d'intervenir dans le procès en récusation, et de contester la validité de la demande, mais encore qu'ils doivent être mis en cause, sauf à procéder en leur absence, s'ils ne jugeaient pas à propos de se présenter. (*Voy.* encore notre *Quest.* 1398 *ter.*)]]

3319. *De quelle époque court le délai pour récuser?*

Il court, comme dit [[avec raison]] M. PARDESSUS, n° 413, à partir de la nomination des arbitres, légalement connue des parties, si la nomination a eu lieu d'office, ou de la nomination extrajudiciaire, si on a eu recours à ce moyen pour y procéder.

[[Lorsque les arbitres ont été nommés par les parties, il est impossible de rien déterminer à cet égard, comme nous l'avons fait observer sous la *Quest.* 3317 *bis.*]]

3320. *Les arbitres sont-ils juges de la récusation de l'un d'eux?*

Non, à moins que le compromis ne les y autorise expressément; autrement, ils jugeraient hors de ses termes, et les parties pourraient se pourvoir par opposition à l'ordonnance d'exécution, conformément à l'art. 1028. (*Voy.* arrêt de la Cour de cass. du 1er juin 1812, S. 12.1.349; *J. Av.*, t. 6, p. 196.)

[[M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 726, distingue entre le cas où quelques-uns des arbitres seraient autorisés par le compromis à juger en l'absence de l'autre, et celui où, à défaut de cette convention, ils ne peuvent juger que réunis. Dans le premier, suivant cet auteur, la récusation sera jugée par les arbitres restants; dans le second, par le tribunal qui aurait dû connaître du procès. Comme on le voit, d'après M. Pigeau, l'incapacité des arbitres pour statuer sur leur récusation provient de l'obligation qui leur est imposée de juger réunis. Telle n'est pas, selon nous, la véritable position de la question; leur incapacité réelle, c'est celle de juger un différend dont le compromis ne fait pas mention, et dont la gravité semble appeler, d'ailleurs, l'intervention de la magistrature. Aussi, à la décision conforme de M. Carré, pouvons-nous joindre celle de MM. MERLIN, *Répert.*, t. 11, p. 88; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 200; MONGALVY, p. 78, n° 88; BOITARD, t. 3, p. 414; DE VATIMESNIL, p. 621, n° 189; BELLOT, t. 3, p. 67; RODIÈRE, t. 3, p. 18, et à l'arrêt précité de Cassation d'autres arrêts de Paris, 17 mai 1813, et Metz, 12 mai 1818 (*J. Av.*, t. 4, p. 589 et 633). La doctrine et la jurisprudence peuvent donc être considérées comme fixées dans ce sens.

Une décision plus récente de la Cour de Bordeaux, confirmée par la Cour de cassation, le 1er fév. 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 429), semble toutefois porter atteinte à cette doctrine : « Attendu, dit la Cour de Bordeaux, qu'une récusation ne peut suspendre le pouvoir des arbitres et devenir un obstacle à leur sentence que lorsqu'elle a été intentée dans le délai et pour une cause légalement exprimée; que, dans l'espèce, Guibert, par acte d'huissier, à l'époque où l'arbitrage allait prendre fin, a récusé les trois arbitres sur le choix desquels toutes les parties s'étaient respectivement accordées; que, pour expliquer cette mesure, Guibert a seulement exposé que deux des arbitres avaient des liaisons avec les autres compromettants; qu'une pareille récusation, déclarée tardive par le Code de procédure, qui ne repose sur aucun motif légal, n'a produit aucun effet; que les arbitres, incompétents pour prononcer sur une récusation demandée dans les termes de la loi, n'ont pas dû avoir égard à celle qui n'était susceptible d'aucun examen en justice.... »

Cet arrêt, il faut le dire, nous paraît mal fondé de tous points; 1° il suppose qu'il existe un délai dans lequel les parties doivent, à peine de déchéance, proposer leur moyen de récusation; 2° il accorde aux arbitres le droit de décider que ces moyens sont tardivement proposés; 3° il semble même leur permettre de déclarer les motifs de la récusation frivoles et sans importance. Or, il résulte au contraire des explications données sur les numéros précédents et sur celui-ci : 1° qu'il est impossible de déterminer exactement le temps pendant lequel

doit être proposée la récusation, qui dépend de circonstances postérieures au compromis; 2° que c'est, non aux arbitres, mais au tribunal de première instance, conformément à l'art. 385, à décider, sur le rapport de son président et les conclusions du ministère public, si l'action est ou non admissible; 3° enfin que, quelque mal fondée que paraisse aux arbitres la cause de la récusation de l'un d'eux, ils n'ont pas à s'en faire les juges. Hâtons-nous d'ajouter que le texte de l'arrêt de cassation qui a confirmé cette décision est loin de présenter des assertions aussi hasardées. On y sent plutôt l'embarras des juges régulateurs, dans une multiplicité de motifs, parfois contradictoires, presque toujours indépendants l'un de l'autre, et qui, tendant tous à valider l'arrêt, sont néanmoins une condamnation implicite de sa doctrine. Au nombre de ces considérants, il en est un d'une importance réelle : dans l'espèce, la partie, après avoir récusé un arbitre, s'était néanmoins présentée devant tous pour y produire ses défenses, ce qui impliquait de sa part renonciation au moyen de récusation, comme nous l'avons dit sous le n° 3317 *bis*. Mais la question essentielle n'est point celle-là, et la Cour de cassation la résout par des considérations que l'on peut résumer ainsi :

« Les arbitres, sans pouvoir juger la question de récusation, sont en droit de passer outre, et de rendre leur sentence sur l'objet du compromis, si la cause est en état, sauf aux parties à porter leur demande devant les tribunaux compétents, pour statuer ce qu'il appartiendra (1).

« Décider autrement, ce serait abandonner le procès soumis à l'arbitrage à la mauvaise foi de l'une des parties, puisque le délai dans lequel elle doit notifier l'acte de récusation n'étant pas déterminé, il dépendrait d'elle de le prolonger aussi longtemps qu'elle le voudrait, en laissant les juges choisis sous le coup d'une menace qui peut-être ne se réalisera pas. »

Comme on le voit, ce système que nous ne jugeons pas encore paraît supposer implicitement le contraire de celui que nous avons soutenu sur la *Quest.* 3318; c'est-à-dire que l'acte de récusation doit être, non pas déposé au greffe du tribunal, mais signifié aux arbitres en personne : toutefois il n'en est pas ainsi. Voici les propres paroles de M. Laplagne-Barris, dans les conclusions données sur cette affaire (V. *loco citato*) : « De là il faut conclure que les arbitres ne sont pas tenus, à peine de nullité, de surseoir au jugement de la contestation qui fait l'objet du compromis, ou du moins *qu'ils ne sont tenus de surseoir que si on a suivi à leur égard les formes de la récusation des juges, et lorsqu'un juge a ordonné que la récusation leur serait communiquée.* »

Ainsi le savant magistrat dont nous reproduisons les expressions admet le concours facultatif des deux procédures, en matière de récusation d'arbitres : notification personnelle, dépôt au greffe dans les formes prescrites par les art. 384 et 385. Si cette dernière marche est employée, impossibilité pour les arbitres de passer outre et de juger la contestation elle-même. Rien de plus juste; mais par quelle bizarrerie veut-on que les parties aient le choix d'une no-

---

(1) [La Cour de Bordeaux a jugé, le 23 avril 1833 (*Journ.* de cette Cour, t. 8, p. 266), que des arbitres ne doivent pas surseoir à statuer sur les contestations dont ils sont saisis, lorsqu'ils sont récusés au moment où l'arbitrage va prendre fin, ou pour autre cause que des liaisons entre eux et l'une des parties ; mais c'est à tort, comme il résulte de nos explications. Il est plus juste de dire, avec la Cour de cass., le 11 juill. 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 549), que la sentence que des arbitres récusés rendent pendant le temps de l'appel du jugement qui a rejeté la récusation dirigée contre eux, est valable, si ce jugement est exécutoire par provision, et s'il n'a pas été formé une demande pour en arrêter l'exécution provisoire. On pourrait néanmoins se demander si les termes de l'art. 391 autorisent l'exécution provisoire, telle que l'entend cet arrêt? V. *Quest.* 3336.]

tification directe à l'arbitre, notification dont nous avons déjà signalé l'illégalité et les inconvénients?

« C'est, dit M. Laplagne, la faute de la loi, qui ne trace aucune forme. » La loi, au titre de la Récusation, n'a rien omis, ni rien abandonné aux parties. Au titre de l'Arbitrage, elle n'avait pas besoin de renouveler ces dispositions; n'est-ce pas d'ailleurs ce que la jurisprudence a tant de fois admis?

Ce dont la loi ne dit rien, ce qui est par conséquent contraire à son vœu, c'est la signification directe aux arbitres. En outre des considérations que nous avons déjà émises à ce sujet, on voit quel nouvel inconvénient elle présente: elle laisserait une partie libre d'empêcher, par le fait, l'accomplissement du compromis, et, pour prévenir cet inconvénient, on tombe dans un inconvénient plus grand encore. On veut que les arbitres passent outre, et jugent la contestation sous le coup d'une action en récusation qui viendra peut-être bientôt anéantir leur sentence!...

On voit combien la doctrine est encore peu fixée sur ces divers points; en restant dans les termes de la loi, nul inconvénient n'est possible, puisque, une fois la plainte déposée entre les mains de la justice, il ne dépend plus de la partie plaignante d'en ralentir ni d'en suspendre le cours, et que la procédure marchera d'ailleurs avec assez de célérité pour ne retarder que de très peu de jours la suite des opérations arbitrales qui sont l'objet du compromis.]]

[[**3320** bis. *Les parties pourraient-elles, par une clause du compromis, prévoyant le cas de récusation de l'un des arbitres, autoriser les autres à statuer sur la récusation?*

L'affirmative nous semble ne pouvoir être révoquée en doute. Une telle convention n'est contraire ni aux lois, ni à l'ordre public. Un incident qui ralentirait le cours du débat est prévu et réglé d'avance, dans un but de simplification; Evidemment, en ce cas, les formes tracées au titre de la Récusation n'ont plus d'objet. La partie demanderesse présente sa réclamation aux arbitres restants, qui en apprécient la légitimité de la manière convenue.

M. GOUBEAU, t. 1, p. 258, partage cet avis.]]

3321. *Quel tribunal doit prononcer sur la récusation des arbitres?*

C'est le tribunal du lieu où la cause eût été portée s'il n'eût pas existé d'arbitrage, et qui, si la récusation a été faite mal à propos, peut statuer sur les dommages-intérêts; PARDESSUS, t. 5, p. 99, et arrêt de Paris, du 30 déc. 1813 (*J. Av.*, t. 4, p. 604).

[[C'est la conséquence de l'opinion émise par M. Carré sur la question 3320.

Quant à l'arrêt de Paris mentionné, il statue pour le cas où des arbitres forcés ont été nommés par le tribunal de commerce, et décide que ce tribunal est seul compétent pour connaître de la récusation proposée contre eux. Cette modification d'espèce ne change rien au principe posé, et la décision de la Cour de Paris s'applique avec la même justesse au cas d'arbitrage volontaire en matière commerciale; car c'est alors le tribunal de commerce, et non le tribunal civil, qui aurait connu de la contestation : c'est lui, par conséquent, qui est compétent pour apprécier les causes de la récusation. *Voy.* encore les arrêts de Bourges, 3 déc. 1813, et de Metz, 12 mai 1818 (*J. Av.*, t. 4, p. 604 et 632; DEVILL., *Collect nouv.*, 4.2.364; 5.381).]]

ART. 1015. S'il est formé inscription de faux, même purement civile, ou s'il s'élève quelque incident criminel, les arbitres délaisse-

ront les parties à se pourvoir, et les délais de l'arbitrage continueront à courir du jour du jugement de l'incident.

[Notre Dict. gén. de proc., v° *Arbitrage*, n°s 164, 251 et 282. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n°s 749 à 751. — Devilleneuve, *eod. verb.*, n° 57. — Locré, t. 23, p 426, n° 8.

Questions traitées : N'est-ce que dans les seuls cas d'une inscription de faux ou d'un incident criminel que le délai de l'arbitrage est suspendu? *Q.* 3322. — Faut il nécessairement qu'il y ait déclaration formelle de s'incrire en faux de la part d'une des parties, pour que les arbitres les délaissent à se pourvoir? *Q.* 3323. — Si l'action publique est éteinte, et que l'inscription de faux n'ait pour objet que d'obtenir des réparations, des dommages, etc, les arbitres doivent-ils surseoir et renvoyer l'affaire aux tribunaux civils? *Q.* 3323 *bis* — Faut-il que l'incident criminel soit formé, c'est-à-dire que la plainte soit portée et le ministère public saisi, pour que les arbitres suspendent leurs opérations? *Q.* 3323 *ter.* — Les arbitres peuvent-ils procéder à une vérification d'écriture? *Q.* 3324.]

DCVIII. Les arbitres n'étant que des hommes privés, la loi, malgré l'indivisibilité du pouvoir juridictionnel, leur a toujours interdit la connaissance des incidents criminels et des inscriptions de faux qui pourraient être formés dans le cours de l'arbitrage (1). C'est que de pareils incidents intéressent éminemment la société entière, et que s'il était permis aux arbitres d'en connaître, ils seraient facilement soustraits à la surveillance du ministère public, dont une des principales fonctions est de poursuivre le crime indépendamment de ce qui se passe entre les parties, relativement à leurs intérêts privés.

L'art. 1015 n'a donc fait que répéter une disposition de tous les temps, en imposant aux arbitres l'obligation de délaisser les parties à se pourvoir; mais alors le délai de l'arbitrage, soit légal, soit conventionnel, est suspendu et ne reprend son cours que du jour du jugement de l'incident.

3322. *N'est-ce que dans les seuls cas d'une inscription de faux ou d'un incident criminel que le délai de l'arbitrage est suspendu?* [[Quid *dans le cas de récusation?*]]

En d'autres termes : *Tout incident qui est de la compétence des arbitres, un jugement interlocutoire qu'ils rendraient, suspendent-ils le délai qui leur est donné pour procéder définitivement, de telle sorte que ce délai ne continuât à courir que du jour du jugement de l'incident ou de l'exécution de l'interlocutoire?*

Nous avons dit, sur la *Quest.* 3291, que les arbitres peuvent juger les incidents qui se présentent dans le cours de l'instance soumise à leur décision, et qui ont rapport à la cause; qu'ils peuvent également faire tous les actes d'instruction, et rendre tous jugements préparatoires ou interlocutoires que cette instruction nécessite. (Voy. *Nouv. Répert.*, t. 1, p. 293.)

Ici, nous avons à examiner si l'instruction à faire sur de tels incidents ou de tels interlocutoires proroge le délai; question qui, à notre connaissance, n'a été discutée par aucun auteur. Jousse seulement, p. 703, n° 46, dit *qu'un jugement interlocutoire ne pourrait servir à proroger le temps du compromis, et qu'il faudrait nécessairement pour cela un nouveau pouvoir ?*

Il y a, sans contredit, même raison pour décider à l'égard d'un incident.

Cependant nous avons entendu maintenir, par un jurisconsulte auquel cette question était soumise, que dans le cas où un incident était tellement lié à la cause principale qu'il ne pouvait en être séparé, il fallait admettre nécessairement la suspension du délai, puisque les arbitres ne pourraient remplir leur

---

(1) *Voy.* Domat, t. 1, tit. 14, *des Compromis*, art. 16, p. 16, p. 15'; la loi 32, § 6, ff *de Receptis.*

obligation, relativement au principal, sans juger cet incident; qu'il en était de même de l'interlocutoire qui ordonne une preuve, une vérification ou une instruction qui préjuge le fond, et sans laquelle il ne pourrait recevoir une décision définitive; qu'enfin l'on devait argumenter en faveur de cette opinion des dispositions par lesquelles les art. 1013 et 1015 suspendent le cours du délai, soit dans le cas où les héritiers sont dans les délais pour faire inventaire et délibérer, soit dans celui où il y a lieu à inscription en faux ou à toute espèce d'incident criminel. Tel paraîtrait être aussi le sentiment de M. BOUCHER, p. 208, n° 373.

Nous répondons que la loi, en ne faisant aucune distinction dans l'art. 1012, annonce qu'elle a présumé que tout incident pourrait être vidé, tout interlocutoire exécuté dans le délai fixé par elle ou par le compromis, et qu'elle a voulu conséquemment que les parties le prorogeassent, s'il y avait impossibilité constatée; que, loin de pouvoir argumenter des dispositions des art. 1013 et 1015, elles fournissent au contraire un moyen contre l'opinion que nous combattons, puisque le législateur ne s'est expliqué dans ces articles que pour deux cas, ce qu'il n'aurait pas eu besoin de faire, s'il avait entendu établir en règle générale que tout incident et que tout interlocutoire prorogerait le délai.

Il faut remarquer d'ailleurs qu'il existe, en faveur de la prorogation prononcée dans ces deux cas, des raisons particulières qui ne militeraient pas pour les autres.

En effet, on devait suspendre le délai, dans le cas de l'art. 1013, puisque les parties sont dispensées d'agir pendant ceux qui leur sont donnés pour prendre qualité : on devait également le suspendre dans le cas spécial de l'art. 1015, puisque ce ne sont pas les arbitres qui doivent prononcer sur l'incident; mais dans toute autre circonstance, les arbitres ayant pouvoir de juger, il devient nécessaire qu'ils le fassent dans le délai qui leur est indiqué par la loi ou par la convention; autrement, il y aurait contravention à l'art. 1012 : c'est donc aux arbitres à provoquer le consentement des parties à la prorogation de ce délai, lorsqu'ils estiment qu'il serait insuffisant pour l'instruction d'un incident ou l'exécution d'un interlocutoire.

[[La manière de voir de M. Carré est partagée par MM. GOUBEAU, t. 1, p. 172, DALLOZ, t. 1, p. 816, not. 1, et de VATIMESNIL, p. 638, n° 240. Elle nous paraît incontestable en ce qui concerne les incidents qui sont de la compétence des arbitres. Quant aux incidents dont le jugement leur reste étranger, nous ne pensons pas que le délai de l'arbitrage puisse courir dans l'intervalle : s'il en était ainsi, une partie ne pourrait élever par exemple aucune récusation, sans courir le risque d'anéantir le compromis. A la vérité, la Cour de Metz, 12 mai 1818 (*J. Av.*, t. 4, p. 633; DEVILL., *Collect. nouv.*, 5.2.381), a jugé que la partie qui, par une récusation *mal fondée*, a empêché les arbitres de prononcer dans le délai fixé, n'est pas recevable à demander la nullité de la sentence rendue après son expiration; mais, par les restrictions mêmes dont cette décision est entourée, on voit qu'elle n'est qu'un assez faible palliatif à l'inconvénient que nous venons de signaler. Il nous semble donc plus juste de dire, avec M. RODIÈRE, t. 3, p. 19, que le cours de l'arbitrage est suspendu jusqu'au jugement de l'incident, et de tirer une analogie de l'art. 1015, lequel ne dit pas, comme on pourrait l'induire de quelques expressions de M. Carré, que l'inscription de faux est le seul cas, avec celui de l'art. 1013, où le délai cesse de courir, mais ajoute cette dernière disposition comme une conséquence naturelle du renvoi devant un autre tribunal, par des motifs qui s'appliquent également au jugement de tout incident étranger à la compétence des arbitres.]]

3323. *Faut-il nécessairement qu'il y ait déclaration formelle de s'inscrire en faux de la part d'une des parties, pour que les arbitres les délaisssent à se pourvoir ?*

On dit, pour l'affirmative, que la loi n'obligeant les arbitres à délaisser les parties à se pourvoir qu'autant qu'il y a *inscription de faux*, ceux-ci ne doivent en agir ainsi que dans le seul cas où celui qui allègue le faux a fait au défendeur la sommation prescrite par l'art. 215; que celui-ci a répondu qu'il entend se servir de la pièce (art. 216), et que, sur cette réponse, le défendeur a déclaré au greffe du tribunal (art. 218) qu'il entend s'inscrire en faux; que, jusque-là, les arbitres n'ont point à délaisser les parties à se pouvoir, puisqu'il n'y aurait pas encore d'*inscription de faux*, mais seulement une simple allégation opposée comme exception, et sur laquelle les arbitres peuvent ordonner toute instruction qu'ils jugent nécessaire et prononcer, parce qu'en ne faisant aucune suite judiciaire, en un mot, en ne s'inscrivant pas en faux, celui qui l'allègue n'est censé émettre qu'un *doute*, tandis que l'inscription caractérise un maintien formel.

Tel est l'avis de M. Boucher, p. 202, n° 396; mais nous remarquerons qu'il s'est trompé, en disant que c'est après les poursuites faites conformément aux art. 193 et 194 que les arbitres doivent délaisser les parties à se pourvoir : on conçoit facilement qu'il ne pouvait citer ici ces deux articles, auxquels il fallait substituer, comme nous l'avons fait, les art. 215, 216 et 218.

D'autres, au contraire, pensent qu'il ne faut point s'attacher si rigoureusement à ce mot *inscription de faux*, employé par l'art. 1015; que le législateur a entendu s'en servir pour exprimer la simple *allégation de faux*, indépendamment de la déclaration de s'inscrire faite au greffe, conformément à l'art. 218; que s'il en était autrement, il serait trop facile aux parties de soustraire un crime aux poursuites du ministère public; ce que le législateur a voulu empêcher, en prescrivant la communication au procureur du roi, dans la procédure en inscription de faux incident civil (art. 251), et en exigeant (art. 249) qu'aucune transaction sur la poursuite d'un tel faux ne puisse être exécutée, si elle n'a été homologuée en justice, après avoir été communiquée au ministère public, lequel peut faire à cet égard telles réquisitions qu'il juge à propos.

Or, d'un côté, s'il était permis aux arbitres de statuer sur une exception de faux, par cela même qu'elle n'aurait pas été formalisée conformément à l'art. 218, il y aurait indirectement compromission sur une contestation incidente communicable à la partie publique; de l'autre, il interviendrait, en définitive, une transaction sur le faux, sans communication à cette partie : conséquemment, il y aurait violation de l'art. 1004 et de l'art. 249.

Nous répondons, en appuyant la première opinion, qu'il est certain que l'on peut transiger sur l'intérêt civil résultant d'un délit, sauf la poursuite du ministère public, que la transaction ne peut empêcher (*Voy.* Cod. civ., art. 2046; Cod. d'inst. crim., art. 4); qu'aucune autre disposition de nos Codes ne fait exception à cette règle générale pour le délit de faux : or, l'arbitrage sur le faux n'a pour objet que de faire régler les droits civils résultant de ce délit, si toutefois le faux, d'après les circonstances de l'affaire, avait ce caractère; que l'exception que l'on voudrait faire résulter des art. 249, 251 et 1004 serait mal fondée, parce que la communication au ministère public n'est exigée qu'autant qu'il existe une inscription de faux formalisée, conformément à l'art. 218; ce qui n'existerait pas lorsque les parties soumettraient aux arbitres, comme simple exception ou moyen de défense, la question de savoir si la pièce doit être admise au procès ou rejetée; d'où il suit que les arbitres peuvent prononcer à cet égard aussi longtemps qu'il n'existe point d'inscription.

Au surplus, on ne verrait aucun motif pour empêcher l'arbitrage, dans le cas où les auteurs du faux ne seraient pas vivants, puisqu'il n'y aurait coupable à poursuivre; et cependant, comme les art. 249 et 251 ne font aucune distinction pour la communication au ministère public, il en résulterait que l'arbitrage serait interdit même pour ce cas; ce qui du moins n'aurait pu entrer dans l'esprit du législateur.

Nous pensons donc que les arbitres ne peuvent délaisser les parties à se pourvoir qu'autant qu'il y a inscription formalisée en justice, et qu'autrement la partie est censée s'en être rapportée à leur décision.

Cette opinion trouve d'ailleurs un appui dans un arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 1816 (S., 17.1.85, et *J. Av.*, t. 16, p. 526).

[[MM. Favard de Langlade, t. 1, p. 200; Goubeau, t. 1, p. 166; Thomine Desmazures, t. 2, p. 670; Boitard, t. 3, p. 446, et Bellot, t. 3, p. 97, se sont prononcés dans le même sens.

M. Mongalvy, p. 225, n° 289, le déciderait ainsi en matière civile; mais en matière commerciale, il est d'un avis différent sur le fondement de l'art. 427, d'après lequel, si une pièce produite est *méconnue ou arguée de faux*, c'est-à-dire suivant cet auteur, si sa véracité est contestée, le tribunal de commerce, et, à plus forte raison, les arbitres forcés sont tenus de renvoyer devant le tribunal qui doit connaître du débat.

Cette distinction est considérée par M. de Vatimesnil, p. 637, n° 237, comme doublement inexacte; 1° en ce que, par ces expressions: *arguée de faux*, l'art. 427 entend parler d'une inscription de faux, et non d'une simple allégation; 2° en ce que les formes de l'arbitrage forcé se règlent, non sur celles que suivent les tribunaux de commerce, mais sur celles de l'arbitrage volontaire, dans tous les cas où il n'y est pas expressément dérogé. Ces raisons nous paraissent concluantes.

Tenons donc pour certain que, dans tous les cas, une inscription de faux est nécessaire pour dessaisir les arbitres et faire courir le délai pendant lequel l'instance arbitrale est interrompue.

Des difficultés de pratique s'élèvent à raison de la naissance de cet incident et de l'interruption du débat soumis aux arbitres; nous croyons qu'il suffit de quelques réflexions pour se convaincre :

1° Que l'acte d'avoué à avoué qui précède l'inscription de faux, et par lequel, aux termes de l'art. 215, la partie qui présente la pièce contestée est mise en demeure de l'annihiler ou de s'en servir, sera remplacée, en matière d'arbitrage où le ministère d'avoué n'est point requis, par une sommation personnelle qui produira le même effet (1).

2° Que la surséance ne pouvant être ordonnée qu'à la suite de l'inscription de faux, notification de cette inscription doit être faite tant à la partie défenderesse qu'aux arbitres, lesquels n'auront pas à renvoyer par jugement l'affaire devant le tribunal compétent, comme l'enseigne M. Bellot, t. 3, p. 104, mais simplement à constater par procès-verbal l'empêchement survenu à leurs opérations;

3° Que le jugement qui statue sur l'incident doit être notifié aux arbitres, à

(1) [Cette décision, qui est la conséquence forcée de la doctrine des auteurs et de la Cour de cassation n'est pourtant pas sans difficulté; car l'inscription de faux précédée de formes différentes de celles qu'exige l'art. 215 ne sera-t-elle pas contestée avec quelque apparence de raison par la partie défenderesse, et la sommation qui remplace l'acte d'avoué à avoué ne pourra-t-elle point être attaquée comme irrégulière? Ce serait à tort, sans doute, puisque toute autre marche est impossible; mais peut-être l'art. 1015 aurait-il dû s'expliquer sur ce point. La conciliation de l'arbitrage avec certaines procédures auxquelles il se rapporte a été généralement trop négligée par le législateur.]

fin de reprise de l'instance arbitrale, et que c'est de ce moment que recommence à courir le délai fixé par le compromis.]]

[[**3323** bis. *Si l'action publique est éteinte, et que l'inscription de faux n'ait pour objet que d'obtenir des réparations, des dommages, etc., les arbitres doivent-ils surseoir et renvoyer l'affaire aux tribunaux civils?*

La négative est enseignée par M. Pigeau, *Comment.*, t. 2, p. 726, qui se fonde sur ce que les intérêts civils, ceux même qui résultent d'un délit, pouvant être soumis à une transaction (2046, C. civ.) sont également susceptibles de compromis. Cette opinion est vraie, en thèse générale; mais en ce qui concerne l'inscription de faux, elle nous paraît inadmissible. MM. Goubeau, t. 1, p. 170, et Bellot, t. 3, p. 110, font observer que les art. 249 et 250, qui défendent toute transaction en cette matière, si elle n'est homologuée judiciairement sur les conclusions du ministère public, ne distingue pas entre le cas où l'action publique est éteinte et celui où elle subsiste encore. L'action étant toujours communicable au ministère public ne peut, par conséquent, être soumise à des arbitres.

Nous ajouterons que l'art. 1015 renvoie l'incident au tribunal compétent pour en connaître, lors même que l'inscription prise est purement civile, ce qui vient encore à l'appui de l'opinion de MM. Goubeau et Bellot.

Voy., au surplus, les explications de M. Carré sur la question précédente.]]

[[**3323** ter. *Faut-il que l'incident criminel soit formé, c'est-à-dire que la plainte soit portée et le ministère public saisi, pour que les arbitres suspendent leurs opérations?*

M. Goubeau, t. 1, p. 171, soutient qu'il n'en est pas d'un incident criminel comme d'une procédure de faux dont il est plus difficile aux arbitres d'apprécier la gravité; que d'ailleurs l'art. 1015 s'exprime en termes bien différents, dans l'un et l'autre cas, et qu'ainsi il suffit qu'une partie déclare son intention d'attaquer au criminel pour que les arbitres aient à statuer à cet égard.

M. Bellot, t. 3, p. 104, enseigne, au contraire, que ces mots, *s'il s'élève quelque incident*, etc., signifient : si l'incident existe, si l'action qui en résulte est engagée, et cette explication, conforme, d'ailleurs, aux principes en matière d'inscription de faux (voy. *Ques*. 3323), nous paraît beaucoup mieux fondée. D'ailleurs, si l'on suivait la décision de M. Goubeau, il en résulterait que l'appréciation de la criminalité de l'incident serait abandonnée aux arbitres, ce qui est absolument inadmissible; ou, si l'on veut qu'elle soit abandonnée au tribunal compétent, que des menaces sans portée suffiraient, de la part d'une partie de mauvaise foi, pour retarder indéfiniment la décision de l'affaire arbitrale. Il faut donc, comme pour le faux, que l'attaque soit engagée et que notification en soit faite aux arbitres, afin que ceux-ci aient à s'abstenir.

Il importe peu, d'ailleurs, comme il est facile de le comprendre, que l'incident soit de nature à être porté devant les tribunaux criminels ou correctionnels.]]

3324. *Les arbitres peuvent-ils procéder à une vérification d'écriture?*

Si les arbitres peuvent prononcer sur une allégation de faux, à plus forte raison peuvent-ils, comme le dit Jousse, p. 699, n° 36, 5°, connaître de l'incident de vérification d'écriture, qui, d'ailleurs, n'est point communicable au ministère public.

[[Telle est aussi l'opinion de MM. DALLOZ, t. 1, p. 741, et BOITARD, t. 3, p. 445. M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 670, leur accorde également ce droit, mais seulement en matière civile, et à la condition que les parties consentiront à leur remettre les pièces de comparaison ; car, en matière commerciale, cet auteur ne croit pas que les arbitres aient plus de droit que le tribunal de commerce, tenu, lorsque l'action est intentée, de renvoyer l'affaire devant les tribunaux civils, aux termes de l'art. 427 ; et même, en matière civile, les arbitres n'ont aucune sanction pénale pour forcer les parties à leur remettre les pièces attaquées. MM. BELLOT et DE VATIMESNIL, p. 636, n° 234, vont encore plus loin que M. Thomine Desmazures : Ils reconnaissent en principe les arbitres incompétents pour procéder à une vérification d'écritures, comme le sont, en vertu des art. 14 et 427, les juges de paix et de commerce.

Nous ne pouvons, quant à nous, adopter ni l'un ni l'autre de ces derniers avis :

Nous avons dit, sous la *Quest.* 3291, et c'est un point incontesté, que les arbitres ont le droit de juger tous incidents qui se rattachent essentiellement à l'instance arbitrale, et à la décision desquels celle-ci est subordonnée ; nous l'avons décidé ainsi en vertu du principe qui autorise les arbitres à rendre des jugements interlocutoires, à ordonner des expertises, des enquêtes ; à faire, en un mot, tout ce qui est nécessaire pour parvenir à l'accomplissement de leur mandat.

Nous avons décidé, avec M. de Vatimesnil lui-même, que les arbitres n'avaient pas à s'occuper de la nature d'une affaire, et devaient toujours suivre (à moins de dispense de la part des parties) les procédures des tribunaux civils.

Ainsi, pour qu'une affaire incidente soit soustraite à leur juridiction, il faut qu'ils soient évidemment incompétents pour en connaître ; que l'affaire soit communicable au ministère public, comme pour l'inscription de faux, dont l'art. 1015 leur enlève l'appréciation ; comme pour les débats non susceptibles de compromis, aux termes des articles 1003 et 1004.

La vérification d'écriture ne rentrant dans aucune de ces classes, et la sentence arbitrale étant subordonnée à son accomplissement, c'est aux arbitres à diriger cette procédure comme celle d'une expertise ou d'une enquête, et sous les mêmes conditions.

C'est donc à tort qu'on invoque, par analogie, l'incapacité des juges de paix et des tribunaux de commerce, avec lesquels, comme nous l'avons déjà dit, les arbitres n'ont aucun point de ressemblance.

Il n'est pas plus exact d'objecter qu'ils ne peuvent forcer les parties à leur remettre les pièces de comparaison ; car ils ne peuvent non plus forcer les témoins à comparaître devant eux. Nous avons vu, n° 3290, la marche qu'il y avait lieu de suivre en ce cas ; elle sera la même dans celui-ci.]]

ART. 1016. Chacune des parties sera tenue de produire ses défenses et pièces, quinzaine au moins avant l'expiration du délai du compromis ; et seront tenus les arbitres de juger sur ce qui aura été produit.

Le jugement sera signé par chacun des arbitres ; et, dans le cas où il y aurait plus de deux arbitres, si la minorité refusait de le signer, les autres arbitres en feraient mention, et le jugement aura le même effet que s'il avait été signé par chacun des arbitres.

Un jugement arbitral ne sera, dans aucun cas, sujet à l'opposition.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 503, nos 13 à 15.] — Cod. comm., art. 56 et suiv. — Cod. proc. civ., art. 1007, 1028. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Arbitrage*, nos 205, 222, 279, 363 à 413. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 176 à 860. — Devilleneuve, *eod. verb.*, nos 71 à 82. — Locré, t. 23, p. 406, n° 7.

Questions traitées : Peut-on produire dans la quinzaine qui précède l'expiration du compromis, si les arbitres n'ont pas encore rendu leur sentence ? *Q.* 3325. — Lorsque les parties n'ont pas produit avant la dernière quinzaine du compromis, les arbitres peuvent ils se dispenser de juger? *Q.* 3325 *bis*. — La sentence arbitrale peut elle être rendue avant cette quinzaine, si les parties n'ont pas produit? *Q.* 3326. — Les arbitres peuvent-ils, conformément à l'art. 191, prononcer la contrainte par corps contre la partie qui néglige de rétablir une communication? *Q.* 3327. — Résulte-t-il de la seconde disposition de l'art. 1016 que tous les arbitres doivent savoir signer? *Q.* 3328. — Le jugement arbitral non signé de tous les arbitres est-il nul, s'il n'est pas fait mention du refus de la minorité? *Q.* 3328 *bis* — S'il n'y avait que deux arbitres, dont l'un refusât de signer, ou si, étant en plus grand nombre, ceux qui refusent de signer formaient la moitié, que faudrait-il faire pour obtenir l'exécution du compromis? *Q.* 3329. — Quand plusieurs chefs de contestation ont été soumis à des arbitres, peuvent-ils prononcer sur chacun par autant de sentences séparées ? *Q.* 3330. — En quel lieu doivent se tenir les séances des arbitres? Quel est celui d'entre eux qui doit faire le rapport et demeurer dépositaire des pièces des parties ? Quand et comment ce dernier peut-il s'en dessaisir? Peut-il, après la sentence, les retenir pour gage de ses honoraires ou de ceux des autres arbitres ? *Q.* 3331. — Les arbitres ont-ils droit à des honoraires, lorsqu'il n'en a pas été stipulé dans le compromis? *Q.* 3331 *bis*. — Les arbitres doivent-ils condamner aux dépens et peuvent-ils en faire la liquidation? *Q.* 3332. — Les arbitres peuvent-ils, par jugement, condamner à des dommages-intérêts la partie qui succombe? *Q.* 3332 *bis*. — Peuvent ils condamner aux amendes, dans le cas où la loi prescrit aux juges de prononcer une telle condamnation ? *Q.* 3333. — Mais les arbitres peuvent-ils prononcer la contrainte par corps dans les cas prévus par la loi ? *Q* 3334. — Dans le système que les arbitres ne peuvent prononcer la contrainte, les parties, par cela même qu'elles eussent soumis leur contestation à des arbitres volontaires seraient elles censées avoir renoncé au bénéfice de la contrainte, en sorte qu'elles ne pourraient demander que le tribunal la prononçât pour l'exécution du jugement arbitral ? *Q.* 3335. — Les arbitres peuvent-ils prononcer l'exécution provisoire de leurs jugements ? *Q.* 3336. — Quelles sont, en général, les formalités des sentences arbitrales? *Q.* 3337 — La sentence arbitrale fait-elle foi de toutes les énonciations qu'elle renferme? 3337 *bis*.—La décision arbitrale doit elle être prononcée en présence des parties ? *Q.* 3338. — Quel est le jour auquel est fixée la date de la sentence arbitrale? Une sentence sans date est-elle nulle ? *Q.* 3339. — Les arbitres ne peuvent-ils juger par défaut que le dernier jour du délai ? *Q.* 3340. — Les sentences arbitrales rendues par défaut, ou plutôt par forclusion, ne sont-elles, en aucun cas, sujettes à l'opposition ? *Q.* 3341 (1).]

DCIX. L'art. 1016, et la plupart de ceux qui le suivent, contiennent certaines règles qui doivent diriger les arbitres dans leurs opérations, et dont ils ne peuvent même jamais s'écarter; précaution sage et nécessaire pour garantir, soit les parties, soit les arbitres eux-mêmes, des erreurs et des abus auxquels les exposerait une trop grande indépendance.

Ceux qui se soumettent à l'arbitrage s'obligent par cela seul à mettre les arbitres en situation de prononcer en parfaite connaissance de cause; et les arbitres, en acceptant la commission qui leur est confiée, s'obligent également à prononcer un jugement équitable.

Si les parties pouvaient méconnaître leurs obligations, les arbitres aussi pourraient se faire une fausse idée de leur pouvoir. Il était donc d'une sage prévoyance de fixer d'une manière certaine leurs devoirs respectifs, d'autant sur-

---

(1) **Jurisprudence.**

[Nous pensons que :

1° Les arbitres ont, comme les juges, le pouvoir de modifier leurs jugements préparatoires. Paris, 23 juill. 1810 (*J. Av.*, t. 16, p. 497; Devill., *Collect. nouv.*, 3.2.311);

2° Lorsque, sur l'opposition à un jugement par défaut rendu au profit de l'une d'elles contre l'autre, les parties chargent des arbitres de régler définitivement leurs comptes, ceux-ci peuvent ordonner l'exécution de ce jugement contre celle qui ne produit pas ses titres, au lieu de faire eux-mêmes le règlement qui leur est demandé. Bourges, 4 août 1831 (*J. Av.*, t. 43, p. 586; Devill., 1832.2.569);

3° La chose jugée résulte d'un jugement arbitral rendu exécutoire, comme de tout autre jugement. Cass., 3 brum. an VIII (*J. Av.*, t. 15, p. 33, Devill., *Coll. nouv.*, 1.1.263).]

tout qu'à cet égard il n'y avait, avant le Code, comme nous l'avons fait observer p. 637, à la note, aucun principe généralement admis, et que les usages reçus dans les différentes parties du royaume présentaient une étrange diversité.

L'art. 1016 indique aux parties ce qu'elles ont à exécuter pour mettre les arbitres à portée de statuer, et ce que ceux-ci doivent faire pour que leur décision soit régulière et valable. Or, pour que le jugement soit valable, il est à remarquer principalement qu'il faut que tous les arbitres aient coopéré à tous les arrêts, à toutes les questions résolues, parce que le pouvoir des arbitres est joint et ne peut être séparé (1). Mais si l'un des arbitres refusait d'y prendre part et ne voulait pas opiner, sa présence aux opinions suffirait pour que le jugement fût valable; il n'y aurait que son absence, lors de la décision, qui rendrait le jugement nul (2), à moins toutefois que les arbitres n'eussent été autorisés par le compromis à prononcer nonobstant l'absence de quelqu'un d'entre eux. Au reste, le jugement arbitral est radicalement nul s'il n'a pas été signé par tous les arbitres, parce que la signature établit la preuve de la coopération commune.

3325. ***Peut-on produire dans (3) la quinzaine qui précède l'expiration du compromis, si les arbitres n'ont pas encore rendu leur sentence?***

Oui, puisque la loi ne prononce aucune déchéance. (*Voy. Prat.*, t. 5, p. 383.)

[[La solution de M. Carré, adoptée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 200, et de VATIMESNIL, p. 634, n° 225, nous paraît susceptible de quelques précisions. Il nous semble impossible d'admettre, d'une manière aussi absolue, qu'une production tardive qui aurait lieu, par exemple, le dernier jour de la quinzaine, suffise pour mettre à l'abri de tout reproche la partie qui la fait, et oblige les arbitres à entrer dans un examen que le peu de temps qui leur reste rendrait impossible; car s'il en était ainsi, que servirait d'avoir déterminé un délai? Nous disons, sous la *Quest.* 3340, et c'est un point aujourd'hui incontesté, que le tribunal arbitral est en droit de juger, avant l'expiration de la dernière quinzaine, sur les seules pièces qui lui ont été remises, et les termes de l'art. 1016 ne nous paraissent laisser aucun doute à cet égard. Ce n'est pas que les pièces tardivement produites ne puissent, en appel, entraîner la réformation du jugement, si elles établissent qu'il repose sur des bases fausses ou incomplètes : aussi, pensons-nous que les arbitres rempliront un devoir de prudence et même de conscience, en examinant les pièces qui leur seraient présentées, à quelque époque que ce fût, avec tout le soin et toute l'attention possibles, pour rendre leur sentence inattaquable. C'est en ce sens que nous admettons, avec M. Carré, que l'arrivée de la dernière quinzaine n'emporte aucune déchéance contre les parties, et que nous repoussons l'opinion de M. BOITARD, t. 3, p. 449, d'après laquelle il faudrait indistinctement rejeter toute production faite pendant ce temps, et n'y avoir aucun égard. Cet auteur a cru, sans doute, une telle solution nécessaire pour sanctionner la disposition de l'art. 1016, d'après laquelle

---

(1) *Atque adeo requiritur ut omnes judicent, aut nullus.* (Loi 17, § 2, ff. *de Receptis.*)

(2) *Si in tres fuit compromissum, sufficit consensus duorum, modo tamen præsens fuerit tertius; alioquin, absente eo, licet duo consentiant, arbitrium non valet, quia scilicet in tres fuerit compromissum, et poterit præsentia ejus trahere eos in ejus sententiam.* (Loi 17, § 7, ff. *de Receptis.*)

(3) [M. Carré avait dit : *Après la quinzaine;* c'est là un distraction évidente. Après la dernière quinzaine, les parties ne peuvent pas plus produire que les arbitres ne sont en droit de juger.]

les parties sont tenues de produire quinze jours avant l'expiration du compromis. Nous verrons, sous les questions suivantes, la véritable sanction de cette disposition.]]

[[**3325** bis. *Lorsque les parties n'ont pas produit avant la dernière quinzaine du compromis, les arbitres peuvent-ils se dispenser de juger?*

Oui, et telle nous paraît être la conséquence de la première disposition de l'art. 1016 : la loi fixe le délai qu'elle juge également nécessaire et pour les parties et pour les arbitres, afin que les intérêts soumis au compromis soient suffisamment appréciés. Si donc les parties ne se sont pas conformées à cette règle, les juges choisis par elles sont en droit de refuser de les entendre, lorsque, à raison de la nature de l'affaire et de la complication des intérêts, ils tiennent pour insuffisant le délai qui leur reste. Il n'y a point en cela déport des arbitres, ni par conséquent ouverture à un recours contre eux, mais exercice d'une faculté que la loi abandonne à leur discrétion. Tel est aussi le sentiment de MM. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 728, et Boitard, t. 3, p. 447. Nous avons vu, d'ailleurs, sur la question précédente, qu'ils peuvent renoncer à ce droit et recevoir les pièces, ce qui les met dans l'obligation de les examiner et d'en tenir compte.]]

3326. *La sentence arbitrale peut-elle être rendue avant cette quinzaine, si les parties n'ont pas produit?*

Non, à moins que les parties n'aient autorisé les arbitres à prononcer avant cette époque, par suite d'un jugement préparatoire qui aurait ordonné la production des pièces avant la quinzaine. On ne pourrait, en effet (voy. *Prat.*, *ubi suprà*), leur enlever le droit de faire leur production tant que court le délai de l'arbitrage : c'est aux arbitres, lorsqu'elle est faite trop tard pour qu'ils puissent rendre jugement, à provoquer une prorogation de délai.

[[Cette opinion nous paraît incontestable. Elle est partagée par M. Goubeau, t. 1, p. 304. *Voy.* nos questions précédentes.]]

3327. *Les arbitres peuvent-ils, conformément à l'art.* 191, *prononcer la contrainte par corps contre la partie qui néglige de rétablir une communication?*

M. Boucher, n° 245, estime que c'est au tribunal à prononcer cette contrainte; mais dans le cas où les arbitres ne sont pas dispensés de suivre les formalités ordinaires de la procédure, on pourrait croire qu'ils pourraient porter cette condamnation, et l'on s'appuierait sur des motifs qui seront bientôt développés sur la *Quest.* 3334, et d'après lesquels nous avons dit que non-seulement les arbitres forcés, mais les arbitres volontaires eux-mêmes, peuvent ordonner la contrainte toutes les fois qu'elle est prononcée par la loi.

[[L'affirmative, enseignée aussi par MM. Mongalvy, p. 245, n° 314; Thomine Desmazures, t. 2, p. 672, et Bellot, t. 3, p. 113, est la conséquence naturelle de la solution que nous avons donnée à la *Quest.* 3289 *bis.*]]

3328. *Résulte-t-il de la seconde disposition de l'art.* 1016 *que tous les arbitres doivent savoir signer?*

Oui, sans contredit, puisque le législateur exige que le jugement soit signé par chacun des arbitres; ainsi l'on ne peut pas faire choix d'un arbitre qui ne saurait pas signer.

[[*Voy.* en ce sens M. Dalloz, t. 1, p. 751, note 3. Cependant deux arrêts,

l'un d'Orléans, 14 mars 1822 (*J. Av.*, t. 16, p. 541), l'autre de Grenoble, 21 mai 1831 (*J. Av.*, t. 45, p. 460), ont décidé que la sentence arbitrale n'est pas nulle, par cela seul qu'un des arbitres ne sait pas signer, si, d'ailleurs, les autres attestent son incapacité sur ce point, ainsi que son concours à leurs opérations. Ces arrêts se fondent sur ce que le refus même de signer, de la part de la minorité des arbitres, n'annulant pas la sentence, il doit en être ainsi, à plus forte raison, lorsque le défaut de signature provient d'un fait indépendant de leur volonté. En conformité de ce principe, la Cour de cassation, 5 juill. 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 742; Devill., 1835, 1.205), a jugé qu'une sentence arbitrale est valable, quoique non signée de l'un des arbitres, si les autres ont constaté qu'une infirmité l'a empêché de le faire.

Ces arrêts semblent contrarier l'opinion de M. Carré, et cependant M. de Vatimesnil, p. 640, n° 248, propose une conciliation entre ces diverses décisions, en disant que l'arbitre qui ne sait pas signer peut seulement être récusé, mais que s'il ne l'est pas, le défaut de signature de sa part n'opérera pas nullité de la sentence arbitrale; il semblerait, il est vrai, résulter de là que, sur trois arbitres, deux pourraient ne savoir pas signer, ce qui serait évidemment contraire à l'esprit de l'art. 1016. Aussi M. de Vatimesnil ajoute-t-il qu'il faut toujours que la majorité des arbitres ait signé la sentence. Nous adoptons ce sentiment.

Enfin, la nullité résultant d'un défaut de signature, ne reposant pas sur une incapacité proprement dite, n'est pas absolue.]]

[[**3328** bis. ***Le jugement arbitral non signé de tous les arbitres est-il nul, s'il n'est pas fait mention du refus de la minorité?***

En principe, le point de savoir si tous les arbitres ont pris part à la délibération, ne peut rester dans l'incertitude; car si quelques-uns seulement, formassent-ils la majorité, y avaient concouru, il ne serait pas vrai que le jugement eût été rendu par tous les arbitres, ce qui, aux termes de l'art. 1012, mettrait fin au compromis.

Il suit de là que le refus de signer, de la part de la minorité, doit nécessairement être constaté par les autres arbitres, soit dans le procès-verbal de leurs séances, soit dans toute autre partie de la sentence. D'ailleurs, les termes dans lesquels est conçu l'art. 1016 laissent assez voir que la validité de la sentence est en ce cas subordonnée à l'accomplissement de cette formalité.

Les principes sur lesquels repose notre solution ont été consacrés par les Cours de cass., 8 vend. an VIII et 4 mai 1809 (*J. Av.*, t. 16, p. 448 et 470); Besançon, 28 therm. an XI (*J. Av.*, t. 18, p. 461); Montpellier, 30 avril 1811 (*J. Av.*, t. 16, p. 502; Devill., *Collect. nouv.*, 1.1.250; 3.453; 2.484); Paris, 1er juin 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 177). *Voy.* aussi en ce sens M. Souquet, *Dict. des Temps légaux*, v° *Arbitrage*, 24e tabl., 5e col., n°s 28 et 29.]]

3329. ***S'il n'y avait que deux arbitres, dont l'un refusât de signer, ou si, étant en plus grand nombre, ceux qui refusent de signer formaient la moitié, que faudrait-il faire pour obtenir l'exécution du compromis?***

Ou le refus de signer proviendrait de ce que l'arbitre refusant ne serait pas de l'avis de l'autre, et, en ce cas, il y aurait lieu à déclarer partage et à nommer un tiers arbitre, ou ce refus proviendrait de ce que l'arbitre qui le donnerait ne voudrait pas remplir sa mission, et alors ce serait le cas du déport (voy. *Prat.*, t. 5, p. 387 et 388), et il y aurait lieu à remplacement de l'arbitre, sauf contre lui l'action en dommages-intérêts, ainsi que nous l'avons dit sur la *Ques-*

tion 3313, puisque l'art. 1014 défend aux arbitres de se déporter lorsqu'ils ont commencé leurs opérations.

Mais si l'arbitre refusant ne donnait pas ses motifs, comme on ne pourrait savoir s'il y a déport ou opinion contraire, on pourrait assigner l'arbitre devant le tribunal pour qu'il s'expliquât, et l'on agirait ultérieurement suivant ses réponses. (Argum. de ce que dit JOUSSE, p. 709, n° 60, 8°.)

[[MM. MONGALVY, p. 228, n° 292, et DE VATIMESNIL, p. 639, n° 215, conseillent la même marche; mais tel n'est pas l'avis de M. BELLOT, t. 3, p. 121. Suivant cet auteur, le tribunal ne pouvant forcer les arbitres à signer ni à s'expliquer, il est fort inutile de les assigner, surtout si les délais du compromis ont pris fin. D'ailleurs, ajoute M. Bellot, le fait et les conséquences du partage ne peuvent résulter que d'une déclaration de la majorité.

Cette dernière raison nous paraît peu concluante : si la moitié des arbitres refuse de signer parce qu'elle embrasse l'opinion contraire à celle de l'autre moitié, il y a, par cela seul, partage, et il faut procéder à la nomination du tiers arbitre; mais à défaut d'une telle déclaration écrite au procès-verbal, sa constatation en justice ne produira-t-elle pas le même effet, et pourquoi dès lors priver les parties d'un moyen qui peut prévenir l'anéantissement du compromis? Il est d'ailleurs certain que les arbitres qui ont refusé de signer peuvent aussi, de toute manière, refuser de donner leurs motifs; ce qui implique de leur part déport, et contre eux par conséquent, s'il y a lieu, recours en dommages-intérêts.

Nous avons supposé jusqu'ici que les arbitres dissidents refusaient d'apposer leur signature, mais non de participer au jugement. Dans ce dernier cas, suivant l'observation de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 728, il y a déport qui, de plein droit, met fin au compromis. (*Voy.* d'ailleurs la question précédente.)]]

3330. *Quand plusieurs chefs de contestation ont été soumis à des arbitres, peuvent ils prononcer sur chacun autant de sentences séparées?*

Les arbitres, en jugeant, doivent prononcer sur tous les chefs, et ils doivent le faire, dit JOUSSE, p. 708, n° 57, 2°, par un seul et même jugement, s'il est ainsi porté par le compromis; mais il ajoute qu'il en serait autrement, s'il avait été dit qu'ils prononceraient séparément sur les chefs qui n'auraient rien de commun entre eux.

En tous cas, si le compromis ne contient aucune convention à ce sujet, nous pensons que les arbitres doivent statuer par un seul et même jugement.

C'est ici le lieu de remarquer, avec M. MERLIN (voy. *Nouv. Répert.*, t. 1, p. 295), qu'il ne faut pas confondre la clause d'un compromis par laquelle on donnerait aux arbitres *le pouvoir* de statuer, par un seul et même jugement sur tous les points contestés, et celle par laquelle on leur imposerait l'obligation d'agir ainsi.

De ces deux stipulations, la deuxième formerait une condition *sine quâ non* du compromis, et manquer à cette condition, en rendant jugement définitif sur certains points, et *interloquant* les autres, comme le dit M. Merlin, c'est rompre le compromis même.

L'autre stipulation, au contraire, n'offre aux arbitres qu'une faculté dont l'usage est abandonné à leurs lumières et à leur conscience; elle n'a d'autre but que de les avertir surabondamment que, quoique le compromis leur soumette plusieurs contestations, ils ne seront pas *tenus* de rendre sur chacune un jugement séparé, et qu'ils pourront les terminer toutes par un seul jugement.

Ils peuvent donc, en ce cas, juger définitivement certains points, et rendre des jugements interlocutoires sur les autres.

Ici, l'on ne pourrait se plaindre de ce que les arbitres forcent les parties à rentrer dans la lice judiciaire : c'est à elles à suivre devant eux l'exécution de ces interlocutoires.

Cette doctrine a été consacrée par arrêt du 11 fév. 1805, rapporté par M. Merlin, *ubi supra*, p. 296.

[[Tel n'est pas l'avis de M. BELLOT, t. 2, p. 124 : cet auteur enseigne que les arbitres, pour remplir fidèlement leur mission, sont tenus de rendre jugement définitif sur toutes les questions qui leur sont soumises. En matière ordinaire, dit-il, la marche contraire ne présente aucun inconvénient, puisque le tribunal qui a interloqué demeure toujours saisi de la contestation. Il en est autrement dans l'arbitrage dont le but ne sera pas rempli, puisque les parties sur la réclamation desquelles l'interlocutoire a été rendu seront obligées de recommencer toute l'instance devant les juges ordinaires. Or, objecte M. Bellot, ne peut-il pas arriver que ce soit précisément pour mettre fin à cette contestation que la partie ait consenti à l'arbitrage? Le jugement sur ce point devait peut-être établir une compensation, contre-balançant l'effet du jugement rendu sur les demandes de son adversaire : la condition de son assentiment n'est donc pas remplie. Dès lors, il n'est pas juste qu'une partie seulement du compromis produise son effet.

L'opinion qui donne efficacité aux points définitivement jugés par les arbitres peut, en outre des auteurs et des arrêts invoqués par M. Carré, se prévaloir de l'approbation de MM. MONGALVY, p. 131, n° 153; GOUBEAU, t. 1, p. 376; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 720; et RODIÈRE, t. 3, p. 18, *in fine*, ainsi que des arrêts de Paris, 26 mai 1814; Cass., 6 nov. 1815 (*J. Av.*, t. 16, p. 516; DEVILL., *Collect. nouv.*, 5.1.106) et Paris, 11 avril 1825 (*J. Av.*, t. 32, p. 231), ce dernier, rendu en matière d'arbitrage forcé. Elle nous paraît aussi plus conforme au véritable esprit de la loi. Lorsque de diverses questions soumises à un juge, les unes sont en état d'être jugées, les autres non, sa sentence ne peut être qu'interlocutoire pour ceux-ci, définitive quant à ceux-là : ce n'est pas seulement pour lui une faculté, c'est une obligation; comment n'en serait-il pas de même à l'égard des arbitres? Leur pouvoir, dit-on, va finir et laisser leur tâche incomplète? mais l'accord unanime des parties peut le proroger. Du défaut d'accord, il peut résulter un désavantage pour la partie qui n'a passé le compromis que dans l'espoir de faire juger la question interloquée? Mais le procès reviendra devant les tribunaux qui rétabliront bientôt l'équilibre détruit. C'est là, d'ailleurs, une hypothèse tout imaginaire : si une partie n'accepte l'arbitrage qu'à raison des compensations qu'elle espère du jugement de certains points, deux voies bien simples lui sont ouvertes : 1° exprimer formellement dans le compromis qu'elle n'entend se soumettre à la décision des arbitres qu'en tant qu'elle portera sur toutes les questions en litige; 2° à défaut de convention formelle stipuler un délai suffisant pour arriver au même résultat. Si elle n'a pris aucun de ces moyens, il est évident que l'intention que lui suppose M. Bellot est sans fondement. Ainsi tombent les apparences d'équité dont ce système est revêtu. Le seul parti raisonnable, c'est de laisser les arbitres juger définitivement les points qu'ils ont pu apprécier, et interloquer sur ceux qui leur paraissent avoir besoin de nouveaux éclaircissements.]]

3331. *En quel lieu doivent se tenir les séances des arbitres? Quel est celui d'entre eux qui doit faire le rapport et demeurer dépositaire des pièces des parties? Quand et comment ce dernier peut-il s'en dessaisir? Peut-il, après la sentence, les retenir pour gage de ses honoraires ou de ceux des autres arbitres?*

Suivant l'usage, et lorsqu'il n'y a pas de convention contraire, c'est chez le

plus âgé des arbitres que se tiennent les séances, et c'est le plus jeune qui est chargé du rapport.

C'est aussi chez le plus âgé que les pièces sont déposées; il ne peut les communiquer aux parties que dans les cas prévus par la loi, et avec la précaution d'en prendre récépissé sur inventaire. (Art. 188 et suiv.)

Il convient aussi qu'il ne les communique point aux autres arbitres, parce qu'il est dans le vœu de la loi qu'ils ne prennent connaissance de l'affaire que lorsqu'ils sont réunis. (*Voy.* art. 1011, et BOUCHER, p. 278, n° 570 et suiv.)

On tolère le paiement des honoraires des arbitres; mais ils n'ont point le droit de les taxer, s'ils n'y sont autorisés par le compromis; ils ont encore moins celui de garder les pièces pour gage des ces honoraires. (Voy. *Nouv. Répert.*, t. 1, p. 299, et RODIER, *des sentences arbitrales*, à la fin du tit. 26 de l'ordonn., n° 19.)

[[La loi ne déterminant rien sur le lieu des séances, le dépôt des pièces, etc., c'est aux parties à s'en expliquer dans le compromis. Faute par elles de rien statuer à cet égard, les règles rappelées par M. Carré sont en effet généralement suivies, mais elles n'ont rien d'obligatoire. On pourrait même, avec M. BELLOT, t. 2, p. 292, se demander s'il n'est pas plus régulier que les pièces soient remises aux arbitres réunis, avec constatation du fait et indication de celui chez qui elles demeureront déposées; cette marche nous semble bien préférable à toute autre, en ce qu'elle empêche la soustraction de papiers et actes importants. Quant au lieu où se tiennent les séances, c'est effectivement, dans l'usage, chez l'arbitre le plus ancien, sauf convention contraire. Un membre distingué du barreau de Paris, Me Parquin, avait cru qu'il était dans l'intérêt de l'ordre des avocats, pour le cas où un avocat ferait partie du tribunal arbitral, d'obliger les autres juges à se transporter chez lui : cette prétention fut repoussée, et nous croyons effectivement qu'elle n'était fondée ni en droit, ni en raison. Mais lorsque plusieurs avocats ont été constitués arbitres, les séances doivent se tenir chez le plus ancien dans l'ordre du tableau. Au reste, ce point ne présente pas en lui-même une bien grande importance, puisqu'il n'en est pas des arbitres comme des tribunaux ordinaires, à qui il est interdit de juger hors de leur ressort, et même du local affecté aux audiences. Ainsi la Cour de Paris a-t-elle validé, le 2 janv. 1834 (*J. P.*, 3e éd., t. 26, p. 3), une sentence arbitrale, bien qu'elle n'eût pas été rendue dans le lieu où résidaient les arbitres.

Sur la question des honoraires, voyez le numéro suivant.]]

[[**3331** bis. *Les arbitres ont-ils droit à des honoraires, lorsqu'il n'en a pas été stipulé dans le compromis?*

Il est reconnu aujourd'hui que les arbitres volontaires ont le droit d'exiger des honoraires, comme juste rémunération de leurs soins : M. BELLOT, t. 3, p. 116, est, à notre connaissance, le seul auteur qui leur refuse absolument ce droit, et les Cours de Bordeaux, 14 mars 1826, et de Cass., 17 nov. 1830 (*J. Av.*, t. 30, p. 280, et t. 39, p. 319), ont sanctionné la doctrine généralement admise. *Voy.* aussi, conf., M. SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, v^o *Honoraires*, 247e tabl., 1re, 2e et 4e colonnes.

Toutefois, comme le fait observer M. Carré sur la question précédente, et comme l'a jugé la Cour de Caen, le 9 juill. 1837 (*J. P.*, 9837, t. 2, p. 464), le pouvoir des arbitres ne peut aller jusqu'à taxer arbitrairement leurs honoraires, retenir les pièces pour gage du paiement et même, suivant nous, subordonner à ce paiement l'exécution du mandat qu'ils ont accepté. C'est aux tribunaux, en cas de désaccord, qu'incombe le soin d'apprécier et de taxer ce qui leur est légitimement dû par les parties.

A l'égard des arbitres forcés, la décision est beaucoup plus controversée, à rai-

son du caractère de juges dont ils sont revêtus par le Code de commerce (*V.* notre *Quest.* 1801 *bis*, t. 4, p. 289), et qui implique nécessairement gratuité de fonctions. Les Cours de Bruxelles, 22 août 1810 (*J. Av.*, t. 4, p. 568); Montpellier, 30 juin 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 46); Lyon, 2 août 1831 (*J. Av.*, t. 44, p. 158); Paris, 17 juill. 1838 (*J.P.* de 1839 t. 2, p. 59), et la Cour de cass, les 17 nov. 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 319), et 26 avril 1842 (*J. Av.*, t. 62, p. 336, et *J. P.*, 1842, t. 1, p. 586), ont jugé, en conformité de ce principe, que les arbitres forcés n'ont le droit d'exiger de leurs parties aucun honoraire. La plupart de ces arrêts considérant ces arbitres comme une fraction des tribunaux de commerce, dont les fonctions sont honorifiques, repoussent encore à ce titre de telles prétentions; de tout quoi il résulterait, à la rigueur, que nul accord amiable ne pourrait sanctionner l'allocation aux arbitres d'une rétribution proportionnée à leur travail, que les parties seraient par conséquent en droit de se soustraire à toute obligation de cette nature, de répéter même les sommes qu'elles auraient payées en vertu d'un libre consentement.

De telles conséquences ont paru trop rigoureuses aux Cours de Grenoble, 8 mars 1824; Bordeaux, 14 janv. 1826 et 20 nov. 1838; Paris, 8 nov. 1839 et 3 janv. 1842 (*J. Av.*, t. 30, p. 280, et t. 57, p. 183; *J. P.*, 3ᵉ éd., t. 18, p. 506, *Journ. le Droit*, nᵒˢ des 10 et 11 janv. 1842), qui, se fondant sur le caractère un peu équivoque des fonctions arbitrales, ont refusé d'y reconnaître la nécessité de les remplir gratuitement. Le second arrêt de Paris va même jusqu'à accorder aux arbitres forcés la faculté de fixer le montant de leurs honoraires. Mais cette dernière opinion est repoussée par un arrêt de Toulouse, 29 juin 1839, conforme d'ailleurs, sur les principes, aux décisions que nous venons de citer (1).

Il nous semble incontestable que les arbitres forcés sont des juges, dans la véritable acception de ce mot, puisque une certaine nature d'affaires est attribuée par la loi à leur juridiction et ne peut être portée devant d'autres tribunaux, et que leur sentence non sujette à révision produit tous les effets d'un jugement ordinaire. Mais il nous paraît inexact de dire qu'ils ne sont qu'un démembrement de la juridiction consulaire. Toute fraction d'un corps réunit en elle, et sur la tête de tous ceux qui la composent, les droits, les prérogatives, le caractère dont le corps lui-même est revêtu. Or, quels sont les pouvoirs des arbitres, en dehors de la contestation pour laquelle ils sont spécialement désignés, vis-à-vis de toutes personnes autres que les associés qui comparaissent devant eux, après le temps qui leur est donné pour rendre leur sentence? Cette sentence même est-elle exécutoire de plein droit? Ici la réalité est plus forte que les subtilités et les fictions. Les juges consulaires sont nommés par tous les notables commerçants et entre tous: leur désignation seule est un honneur, désiré toujours, sollicité quelquefois; leur influence, leur autorité sont immenses; leur caractère est celui du juge. L'intérêt public, qui a présidé à leur établissement, les oblige au désintéressement, et le choix des notables les paie en quelque sorte de leurs travaux. Dans la mission si restreinte, si modeste, des arbitres forcés, il est bien difficile de voir autre chose que l'intérêt particulier qui les emploie. Ce sont des juges, sans doute, mais des juges dont les fonctions ne sont pas

(1) [Voici le texte de cet arrêt, rendu sous la présidence de M. Garrisson, et qui n'a été publié par aucun recueil : « Considérant que, si l'on peut admettre que les principes constitutifs de l'ordre judiciaire ne s'opposent point formellement à ce que des arbitres forcés reçoivent des parties des honoraires à raison de ces fonctions, il ne saurait cependant leur appartenir, ni de les fixer seuls, lorsqu'ils sont en discord sur ce point avec les parties intéressées, ni dans aucun cas d'en faire un chiffre formel de la décision qu'ils rendent : cette disposition de la sentence du 6 août 1838 doit donc être annulée. »]

essentiellement honorifiques et semblent au contraire appeler une récompense en échange du temps qu'ils dérobent à leurs propres affaires, des soins minutieux qu'ils sont obligés de donner à celles qui leur sont soumises. Ils rentrent dans la classe de toutes les personnes qui, en échange de leur travail, ont droit à une rétribution de l'Etat ou des particuliers. Les juges ordinaires sont rétribués par l'Etat; les arbitres forcés ne le sont pas de cette manière, et nos principes d'ordre public et constitutionnel semblent s'opposer à ce qu'ils soient rétribués par les particuliers; aussi ne faisons-nous aucune difficulté de reconnaître que nuls honoraires ne leur sont *légalement* dus, qu'ils n'ont pas par conséquent d'action devant les tribunaux pour en réclamer le paiement; encore moins ont-ils le droit de fixer arbitrairement ce qu'ils jugent leur être dû, et de faire de cette évaluation une clause ou une condition de leur sentence. Mais, encore une fois, toute peine ne mérite-t-elle pas son salaire? et les travaux si longs, si pénibles, que nécessitent les intérêts mêlés dans une société seraient-ils soustraits à cette loi commune, et condamnés à ne produire pour ceux qui s'y consacrent d'autre résultat que l'inimitié et les récriminations des parties mécontentes de leur sentence?

Le principe d'après lequel la justice doit se rendre gratuitement nous paraît donc pouvoir être tempéré en matière d'arbitrage forcé : l'intérêt général régit seul et directement les juges ordinaires; leur temps, leur intelligence appartiennent de droit à l'État, à l'universalité des justiciables. Les arbitres, plus restreints dans leur pouvoir, ont aussi des devoirs moins étendus; ils peuvent refuser leurs fonctions, se dérober aux intérêts spéciaux qui les réclament : cette seule remarque démontrerait qu'en cas d'acceptation, leur droit à des honoraires constitue, pour les parties, une sorte d'obligation naturelle, non sanctionnée par la loi civile, mais dont l'accomplissement ne choque non plus aucune règle d'ordre public, et semble même d'autant plus désirable, qu'une prohibition trop rigoureuse, en laissant les charges de l'arbitrage forcé sans compensation aucune, dégoûterait bientôt de ces fonctions tous ceux qui, par leur position et leurs lumières, sont appelés à les remplir; entraverait par conséquent ou dénaturerait le vœu de la loi. Aussi, et dans l'intérêt même de ces principes, qu'une doctrine trop absolue compromet en les défendant, croyons-nous qu'il est loisible et convenable de fixer amiablement les honoraires des arbitres, et que les parties seraient non recevables à demander l'annulation des engagements contractés avec eux, et, à plus forte raison, à répéter les sommes payées en vertu de cet accord. *Voy.* en ce sens M. Souquet, *Dict. des Temps légaux*, vo *Honoraires des Arbitres*, aux 247e et 248e tabl., 1re et 5e col., no 21.

Voy. encore notre *Comm. du Tarif*, t. 2, p. 509, n° 36.]]

3332. *Les arbitres doivent-ils condamner aux dépens, et peuvent-ils en faire la liquidation?*

L'art. 2 du titre 31 de l'ordonnance de 1667 obligeait les arbitres de condamner indéfiniment aux dépens celui qui succomberait, pourvu que le compromis ne contînt pas une clause expresse, portant pouvoir de les remettre, modérer ou liquider. Rodier disait, sur cet article, que les arbitres n'en compensaient pas moins les dépens, et les liquidaient dans leur sentence. Aujourd'hui l'on peut, comme autrefois, donner aux arbitres le pouvoir de statuer sur les dépens comme ils croiront devoir le faire, et en consultant l'équité. Si cette liberté ne leur est pas accordée, ils doivent y condamner le perdant indéfiniment, suivant l'art. 130, Cod. proc. civ., à moins qu'il n'y ait lieu à les compenser, suivant l'art. 131. M. Pigeau, t. 1, p. 22, no 8, dit qu'on leur donne encore le pouvoir de les taxer eux-mêmes, par leur jugement, pour éviter aux

parties les frais d'une taxe séparée. C'est supposer que les arbitres ne tiendraient pas ce droit de leur seule qualité d'arbitre.

M. BOUCHER, dans son *Manuel des arbitres*, p. 171, nos 329, 330 et 331, dit que toutes les affaires portées en arbitrage deviennent, par cela même, des affaires sommaires ; d'où il conclut que les arbitres doivent liquider les dépens et frais, puisque l'art. 543 du Code porte que la liquidation des dépens sera faite, en ces matières, par le jugement qui les adjuge.

Ce ne serait pas là le seul motif qui nous porterait à décider que les arbitres, dans le silence du compromis, seraient autorisés à liquider les dépens : en effet, l'art. 1009 porte que les arbitres suivront, dans la procédure, les délais et les formes établis pour les tribunaux, si les parties n'en sont autrement convenues : donc, si les parties n'ont pas consenti à ce qu'une affaire, ordinaire de sa nature, soit jugée par eux comme matière sommaire, il ne serait pas sûr que cette affaire fût susceptible de recevoir l'application de l'art. 543, dont argumente M. Boucher, et la question resterait tout entière.

Cependant nous adopterons l'opinion de M. Boucher, en la fondant sur ce que dit RODIER, sur l'art. 2 du tit. 31 de l'ordonnance. Il s'exprime ainsi : « Si « les arbitres adjugent des dépens, ils les liquident en même temps dans leur « sentence : en défaut de les liquider, la taxe serait faite par les procureurs des « parties, selon M. Pussort, dans le procès-verbal de l'ordonnance ; ou plutôt les « dépens seraient enrôlés et taxés d'autorité du Parlement, en vertu de l'arrêt « qui autoriserait la sentence. »

Ainsi la taxe serait faite aujourd'hui par le président, qui, conformément à l'art. 1020, Cod. proc. civ., rendrait le jugement arbitral exécutoire.

Par là se trouverait concilié le principe que les arbitres ne peuvent connaître de l'exécution de leur jugement, avec la nécessité de taxer des dépens auxquels ils auraient condamné, sans en faire la liquidation.

On sent néanmoins qu'il est prudent que les parties, dans le compromis, autorisent les arbitres à liquider, si, de sa nature, l'affaire n'est pas sommaire, ou si, en renonçant aux formalités de la procédure ordinaire, elles n'ont pas donné ce caractère à une affaire qui ne l'aurait pas par elle-même.

[[L'opinion de M. Carré est reproduite par MM. MONGALVY, p. 233, n° 296; BOITARD, t. 3, p. 4 9; DE VATIMESNIL, p. 616, n° 270; BELLOT, t. 3, p. 114, et SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, v° *Arbitrage*, 26e tabl., 5e col., n° 47. Nous n'admettons pas que le défaut de liquidation, dans le jugement, rende les arbitres incompétents pour procéder ultérieurement à cette opération et oblige les parties à se pourvoir, soit devant le président du tribunal, comme le dit ici M. Carré, soit devant le tribunal lui-même, suivant la dernière opinion de notre auteur, dans son *Traité de compétence*, *Quest.* 385, éd. in-8°, t. 5, p. 426. Nul doute que cette dernière marche ne doive être suivie si les délais du compromis sont expirés, et que les arbitres se trouvent dépouillés de leurs fonctions, car alors on peut dire qu'il s'agit réellement d'une difficulté d'exécution. Mais si l'on se place en dehors de cette hypothèse, l'art. 1009, invoqué par M. Carré en faveur du pouvoir qu'il accorde aux arbitres de taxer les dépens, montre assez qu'ils peuvent en user soit dans la sentence arbitrale même, soit par un acte postérieur, comme sont incontestablement en droit de le faire les tribunaux civils. *Voy.* encore à cet égard notre *Comment. du Tarif*, t. 2, p. 507, n° 35.

Un principe qu'il importe de faire ressortir, c'est la nécessité de se conformer aux intentions des parties, consignées dans le compromis, en ce qui concerne la répartition des frais : les arbitres ne sont maîtres de statuer sur ce point selon leur volonté qu'à défaut de toute stipulation. Il ne faudrait pourtant pas interpréter les termes dont elles se sont servies avec une rigueur qui, pour mieux s'asservir à leurs vœux, ne ferait que s'en éloigner ; c'est ainsi que la

Cour de cassation, le 24 fév. 1835 (Devill., 35.1.179), a mis à la charge d'une partie exclusivement les frais d'un incident soulevé par elle à l'improviste, bien qu'il eût été convenu dans le compromis que les dépens seraient supportés en commun.]]

[[**3332** bis. *Les arbitres peuvent-ils, par jugement, condamner la partie qui succombe à des dommages-intérêts?*

L'affirmative nous paraît incontestable, aussi bien qu'à MM. Mongalvy, p. 236, n° 302; de Vatimesnil, p. 647, n° 273, et Souquet, *Dict. des temps légaux*, v° *Arbitrage*, au 26e tabl., 5e col. n° 46; toutes les fois que les actes d'une partie ont occasionné à l'autre un préjudice appréciable, tous les juges saisis de la contestation sont en droit de prononcer une condamnation à des dommages-intérêts, peine purement pécuniaire, et qui n'implique de la part des arbitres aucun excès de juridiction.

Ces dommages intérêts seront liquidés par le jugement ou fournis par état.]]

3333. *Peuvent-ils condamner aux amendes, dans le cas où la loi prescrit aux juges de prononcer une telle condamnation?*

On pense généralement que les arbitres ne peuvent condamner à l'amende (Voy. *Nouv. Répert.*, t. 1, p. 297), et nous croyons cette opinion fondée sur ce que l'amende est une sorte de peine qu'il n'appartient qu'à la puissance publique de prononcer, et que la compétence des arbitres étant limitée à ce qui concerne l'intérêt des parties qui ont compromis, ils commettraient un excès de pouvoir à l'égard de celles-ci, en prononçant une amende dans l'intérêt du fisc. (*Voy.* Boucher, p. 147, n° 335, et *Praticien*, t. 5, p. 393.)

[[Tous les auteurs qui ont traité la question l'ont résolue dans le même sens: il faut néanmoins faire remarquer, avec la Cour de cassation, 12 juill. 1809 (*J. P.*, 3e éd., t. 7, p. 679; Devill., *Collect. nouv.*, 3.1.83), que les arbitres sont compétents pour appliquer la clause pénale stipulée dans le compromis pour négligence, retard, etc., de l'une des parties, et, avec M. Bellot, t. 3, p. 117, que la condamnation même à une amende n'annullerait pas la sentence conforme d'ailleurs à la loi et à l'équité, mais serait simplement réputée non écrite.]]

3334. *Mais les arbitres peuvent-ils prononcer la contrainte par corps, dans les cas prévus par la loi?*

Il faut distinguer ici entre les arbitres forcés, nommés en exécution de l'article 51, Cod. comm., et les arbitres volontaires.

Nulle difficulté, relativement aux premiers, puisqu'ils forment un tribunal légal, et sont, en matière de société de commerce, investis par la loi d'une attribution générale d'après laquelle ils sont nécessairement compétents pour prononcer la contrainte par corps, même en dernier ressort, comme pour statuer sur le fond. C'est aussi ce qui a été décidé par arrêt de la Cour de cassation du 5 nov. 1811. (*Voy.* S., 12.1.18, et *J. Av.*, t. 4, p. 576.)

Mais, relativement aux arbitres volontaires, on pensait assez généralement autrefois que les arbitres pouvaient prononcer la contrainte par corps dans les matières qui y étaient sujettes (*Voy.* en effet *Nouv Répert.*, t. 1, p. 297, et Jousse, p. 702, n° 13), sans qu'il fût nécessaire pour cela qu'ils y fussent autorisés par la convention; cependant ceux des commentateurs du Code qui ont traité la question qui nous occupe n'admettent pas cette opinion.

M. Boucher, p. 176, nos 339 et suiv., cite Emérigon, t. 2, p. 314, qui atteste n'avoir jamais vu que des arbitres aient prononcé la contrainte par corps, et

l'art. 2 de la loi du 15 germ. an VI, qui porte que toute stipulation de contrainte par corps énoncée dans des actes, contrats et transactions quelconques....., est essentiellement nulle; d'où M. Boucher conclut que si les parties ne peuvent pas convenir de la contrainte par corps dans le compromis, à plus forte raison les arbitres ne peuvent la prononcer, puisqu'aucune loi ne les y autorise.

Les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 393, citent l'art. 2067, Cod. civ., qui décide que la contrainte par corps, dans les cas mêmes où elle est autorisée par la loi, ne peut être appliquée qu'en vertu *d'un jugement*. Or, disent-ils, par ces mots, *juges, jugement*, sans autre addition ni désignation, on n'entend que les tribunaux ordinaires, et non les décisions des juridictions volontaires, telles que celles des arbitres.

M. Berriat Saint-Prix, t. 1, p. 45, not. 26, dit formellement que les arbitres (autres que ceux de commerce), *quoique juges*, n'ont pas droit de prononcer la contrainte, parce qu'ils reçoivent leur autorité des parties, et qu'il n'est pas permis à celles-ci de s'y soumettre,

Enfin, M. Delvincourt, t. 2, p. 255, refuse également ce pouvoir aux arbitres, à moins, dit-il, qu'il ne s'agisse d'un des cas dans lesquels la contrainte peut être l'effet d'une convention.

Entraîné par cette unanimité d'opinions, nous avions, n° 3039 de notre *Analyse*, résolu par la négative la question que nous examinons ici de nouveau, et nous nous fondions sur ce que l'article s'opposait à ce que les arbitres prononçassent la contrainte par corps, puisqu'elle ne peut être exécutée qu'en vertu du *jugement;* ce qui signifie, ainsi qu'il résulte du rapport de la loi du 12 pluv. an XII, par M. Gary édit. de F. Didot, t. 7, p. 27), que le législateur a interposé entre les parties *l'action des tribunaux*, et a voulu que le sacrifice de la liberté des citoyens ne fût dû qu'à la loi et à une décision expresse de *ses organes.*

Or, disions-nous, les arbitres ne sont pont des juges constitués par la loi; et s'il est vrai que leur décision ait entre les parties tous les effets d'un *jugement*, elle n'en est pas un, dans le sens du législateur, qui a voulu exiger l'intervention des organes de la loi, c'est-à-dire des juges constitués par elle.

Nous croyons d'ailleurs trouver un fort argument en faveur de cette opinion, dans l'arrêt de la Cour de cassation que nous avons rapporté en commençant cette discussion, en ce qu'il n'a décidé que des arbitres forcés pouvaient prononcer la contrainte, que par la considération qu'ils forment un *tribunal légal* qui tient ses attributions *de la loi même* (*Voy.* Boucher, p. 178) : il n'en est pas ainsi des arbitres volontaires.

Un examen plus approfondi nous a porté à rétracter cette doctrine dans notre *Traité de comp.*, *Quest.* 4567, et nous persistons aujourd'hui dans cette rétractation par les considérations suivantes :

Premièrement, la distinction que nous avions faite dans l'*Analyse*, entre l'arbitrage forcé et l'arbitrage volontaire, était connue, dans l'ancienne jurisprudence, et cependant cette distinction n'en produisait pas une, relativement à la faculté de prononcer la contrainte par corps. Il était de principe que tous les arbitres pouvaient l'ordonner dans les matières où la loi l'autorisait. (Voy *Ancien Répert.*, v° *Arbitrage; la nouv. Collect. de jurisp.* de Denisart, etc.) Pourquoi en serait-il autrement aujoud'hui?

Secondement, l'arrêt de Cassation du 5 novembre 1811 ne décide point la question, en prononçant que les arbitres, en matière de société, composent un *tribunal légal,* et sont compétents pour prononcer la contrainte par corps. La Cour n'a pas dit, en effet, que les arbitres ordinaires n'étaient point *des juges ;* que leurs sentences n'étaient point des jugements, et qu'il leur était interdit d'ordonner le par corps. Tout ce qui résulte de cet arrêt, c'est que les arbitres forcés étant assimilés à un tribunal, il n'y a pas lieu de douter qu'ils sont com-

pétents pour prononcer la contrainte; mais conclure de là que la Cour de cassation a voulu refuser cette compétence aux autres arbitres, c'est abuser de sa décision.

Troisièmement, nous nous étions fondé ensuite sur l'art. 2067, Cod. civ., qui porte que la contrainte par corps ne peut être appliquée qu'en vertu de *jugement*, et nous pensions que ce mot *jugement* ne devait s'entendre que des décisions des *tribunaux* et non des sentences arbitrales. Mais en réfléchissant bien, ce raisonnement ne nous semble pas aussi solide que nous l'avions cru d'abord; nous pensons même qu'il peut aisément être réfuté. Les arbitres sont, en effet, véritablement *juges* des différends qui leur sont soumis; « leurs fonctions sont les « mêmes que celles qu'exercent les *juges*, lorsque les parties plaident en justice « réglée. (*Ancien Répert.*, v° *Arbitrage.*) Quoiqu'ils ne soient juges que par le « choix et la convention des parties, leur sentence n'est pas moins un acte *so-* « *lennel*, ainsi que les *sentences émanées des juges en titre. Nouv. Répert.*, « Denisart, *ubi suprà.*) »

Toutes contraintes qui peuvent s'exercer en vertu des jugements ordinaires peuvent donc l'être en vertu des sentences arbitrales (*ibid.*, § 4, n° 3); une fois revêtues de l'ordonnance du président, elles sortent leurs effets comme les jugements émanés des juges ordinaires : c'est pourquoi l'art. 2123, Cod. civ. fait résulter l'hypothèque judiciaire des décisions arbitrales revêtues de cette ordonnance; et, par suite, l'art. 2067 du même Code s'applique aux sentences arbitrales, puisqu'il s'applique à tous les actes qui ont le caractère de jugement, et qu'elles ne tiennent pas ce caractère de l'ordonnance d'*exequatur*, qui n'est nécessaire que pour leur exécution, et qui conséquemment n'ajoute rien à leur nature.

C'est, d'ailleurs, ce que prouvent les différentes dispositions du livre des arbitrages, au Code de procédure, puisqu'elles n'emploient que la dénomination de *jugements*, lorsqu'elles parlent des décisions arbitrales.

Nous ajoutons que la citation que M. Boucher a faite du passage d'Emérigon, ci-dessus rappelé, ne décide rien; et quant à celui du tribun Gary, dont nous nous étions appuyé, on peut remarquer que ce rapporteur s'est exprimé généralement, et n'a pas dit que les jugements arbitraux ne sont point compris dans l'art. 2067. Il fait seulement remarquer que la contrainte par corps ne pourra plus s'exercer qu'en vertu d'un jugement, « c'est-à-dire (ce sont ses termes), « que la loi a entendu prescrire la nécessité d'une décision contradictoire ren- « due en présence du débiteur ou après qu'il a été légalement appelé. »

On a voulu, dit-il encore, apporter un changement à l'ancienne jurisprudence qui, en certains cas, autorisait l'exercice de la contrainte par corps *sans jugement, sans décision contradictoire.* (*Voy.* Jousse, sur l'art. 7, tit. 34, ordonnance de 1667.)

On peut donc conclure que le mot *jugement* n'a pas été employé dans la loi pour signifier *exclusivement* les décisions rendues par les *tribunaux*, ainsi que nous l'avions pensé, mais seulement pour apporter un *changement* à la jurisprudence et établir que la contrainte par corps ne pourra être prononcée que par *un acte ayant le caractère de jugement, de décision contradictoire*; or, les sentences arbitrales ont ce caractère (1).

Cette doctrine a été formellement consacrée par arrêt de la Cour suprême du 1er juill. 1823 (S., 24.1.7); mais l'importance de la question, l'opposition de la majeure partie des auteurs, et la circonstance que M. l'avocat général con-

(1) M. Bigot, dans son discours sur la loi relative à la contrainte par corps, en donne une explication, et l'on peut ajouter encore les arguments que fournit la loi du 15 germ. an VI, art. 12.

cluait à la cassation, justifieront les détails dans lesquels nous sommes entré. On pourra y ajouter ceux qui précèdent le dispositif de l'arrêt, qui, au surplus, est motivé sur ce que, « dans l'espèce, le demandeur en cassation étant mar- « chand, et s'agissant d'un fait de marchandises dont les parties se mêlaient res- « pectivement, il avait pu valablement compromettre sur la contrainte par corps « comme sur le fait même ; que les arbitres volontaires légalement constitués « sont, entre les parties qui les ont nommés, *de véritables juges autorisés par* « *la loi*, et leurs sentences de véritables jugements dont elle garantit et assure « l'exécution : d'où il suit que de pareils arbitres sont conpétents pour prononcer « cer la contrainte par corps, et qu'en le jugeant ainsi, loin de violer l'art. 1067, « Cod. civ., on ne fait au contraire qu'une application de l'art. 2063 de ce « même Code et de l'art. 1003, Cod. proc. civ. »

Il nous reste à répondre à l'objection principale, résultant des arguments sur lesquels s'appuient les partisans du système contraire ; c'est que les parties ne pouvant se soumettre à la contrainte par corps, ne peuvent déférer à des arbitres le pouvoir de la prononcer.

Dans cette objection, l'on concède, et c'est l'avis de M. Delvincourt, que, dans les cas où il est permis de stipuler la contrainte, les arbitres peuvent être autorisés à la prononcer. Mais dans les autres cas, où la loi et non la convention prononce la contrainte, les parties, en leur donnant la même autorisation, ne stipulent point cette contrainte; elles ne font que donner pouvoir aux arbitres à l'effet de prononcer l'exécution des condamnations sous cette peine, qui est l'accessoire nécessaire de ces mêmes condamnations.

En un mot, les parties ne disent point :

« Vous prononcerez la contrainte par corps si vous le trouvez juste, que la « loi ait ou non attaché cette peine à la condamnation que vous porterez. »

Elles leur disent :

« Nous vous investissons du droit de statuer sur le différend qui nous divise. « Telle est sa nature que la condamnation à intervenir contre celui que vous ju- « gerez mal fondé, est, d'après un texte formel de la loi, exécutoire par voie de « contrainte. Nous n'entendons point renoncer à ce moyen d'exécution ; vous « pourrez donc prononcer la contrainte » (1).

[[La doctrine et la jurisprudence sont aujourd'hui fixées sur le droit des arbitres volontaires de prononcer la contrainte par corps. Les détails dans lesquels est entré M. Carré n'admettent pas de nouveaux développements. *Voy.*, conf., M. SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, v° *Arbitrage*, 26e tabl., 5e col., n° 50.

Il faut toutefois remarquer que, lors même que les parties auraient par le compromis renoncé à l'appel, elles peuvent appeler du chef de la sentence arbitrale qui prononce la contrainte. En semblable matière, il n'y a point d'acquiescement valable, et les jugements de première instance rendus en dernier ressort sont toujours susceptibles d'appel sur ce chef. *Voy.* notre titre de l'Emprisonnement, *Quest.* 2713.]]

3335. *Dans le système que les arbitres ne peuvent prononcer la contrainte, les parties, par cela même qu'elles auraient soumis leur contestation à des arbitres volontaires, seraient-elles censées avoir renoncé au bénéfice de la contrainte par corps, en sorte qu'elles ne pourraient demander que le tribunal la prononçât pour l'exécution du jugement arbitral?*

Émérigon, après avoir dit que les arbitres ne peuvent prononcer la contrainte,

(1) La Cour de Rennes, par arrêts des 24 août et 28 oct. 1816 (Voy. *J. Av.*, t. 8, p. 645, v° *Contrainte par corps*, n° 158), avait déjà décidé la question de la même manière, en supposant toutefois que des *amiables compositeurs* étaient libres, et non pas obligés de la prononcer : telle est aussi notre opinion, à l'égard de ces derniers.

dit qu'il en a vu souvent la clause ajoutée dans les sentences d'homologation des juges et consuls.

C'est un abus, dit-il; les arbitres sont des amis communs, à la décision desquels on se soumet volontairement.

Il répugne que, pendant l'appel, on soit constitué prisonnier en vertu du décret rendu par un juge à qui toute connaissance de cause est interdite, et à la suite d'un jugement qui ne contient aucune prononciation pénale.

Nous pensons aussi, d'après ce que nous avons dit sur la *Quest.* 830, t. 2, p. 337, que le président du tribunal, aujourd'hui chargé par l'art. 1021 d'apposer l'ordonnance d'exécution aux sentences arbitrales, ne peut y ajouter que cette exécution aura lieu par voie de contrainte.

C'est ce qui résulte aussi d'un arrêt de la Cour de Montpellier du 19 juin 1809 (voy. *Jurispr. sur la Procéd.*, t. 1, p. 149), qui décide que la contrainte ne peut être décernée par une simple ordonnance du juge.

Mais il est moins facile de décider si la partie, après avoir soumis à des arbitres une contestation entraînant la contrainte, peut la faire prononcer ensuite par les tribunaux.

On dirait, dans le système de ceux qui pensent que les arbitres ne peuvent prononcer la contrainte par corps, que celui qui serait fondé à la réclamer devant les tribunaux y renonce en ne portant pas son action en justice réglée, et que les raisons d'après lesquelles nous avons décidé, sur la *Quest.* 532, t. 1, p. 627, que l'on ne pouvait obtenir par un second jugement une condamnation par voie de contrainte, lorsqu'on avait négligé d'y conclure lors du premier, devraient recevoir leur application au cas que nous examinons.

D'un autre côté, l'on objecterait que, si cette opinion était admise, on forcerait les parties qui ne voudraient par renoncer à la contrainte à s'adresser aux tribunaux, et on les priverait ainsi des avantages qu'elles pourraient trouver à soumettre à des arbitres la contestation principale.

Or, on ne saurait présumer que telle ait été l'intention du législateur puisqu'il a partout manifesté le vœu de favoriser l'arbitrage.

Il faut décider, à notre avis, que l'on ne peut demander la contrainte par corps aux tribunaux, s'ils n'y a point eu à cet égard de réserve exprimée dans le compromis; mais ni le texte de la loi, ni l'esprit d'après lequel elle a été rédigée, ne nous paraissent s'opposer à ce que cette réserve ait lieu, et si elle peut avoir lieu, la conséquence nécessaire est que la partie intéressée peut se pourvoir par devant les juges ordinaires, pour faire décider que la sentence arbitrale sera exécutée par corps.

[[La solution que nous avons admise sur la question précédente, et qui n'est plus aujourd'hui susceptible de controverse, nous dispense d'examiner celle-ci. **]]**

3336. *Les arbitres peuvent-ils prononcer l'exécution provisoire de leurs jugements?*

Les sentences arbitrales ont cet avantage, dit Rodier, *des Sentences arbitrales ubi suprà*, n° 16, qu'elles sont exécutoires par provision, et nonobstant l'appel; il ajoute qu'il faut pour cela commencer par les faire autoriser, et obtenir cette exécution provisoire.

Cette autorisation, dont parle Rodier, s'entendrait aujourd'hui de l'ordonnance d'*exequatur;* mais on conçoit que le président excéderait les bornes de sa compétence, s'il se permettait d'ordonner l'exécution provisoire.

Elle ne peut sans doute avoir lieu qu'en vertu d'une disposition de la sentence arbitrale, puisqu'on doit admettre que les arbitres sont tenus à ce sujet

des mêmes obligations, ou jouissent de la même faculté que les juges, d'après les distinctions établies dans l'art. 135. (Art. 1024.)

Nous estimons que les parties, en se réservant l'appel sans autoriser les arbitres à prononcer l'exécution provisoire, annoncent suffisamment qu'il n'entre pas dans leur intention que cette exécution soit ordonnée.

Il faudrait donc une demande des parties pour qu'elle le fût (voy. *Quest.* 583); et alors, d'après l'art. 1024, les arbitres ne pourraient se dispenser de l'ordonner.

Mais il est des cas où l'exécution provisoire a lieu de plein droit (*voy.* la même question), c'est-à-dire sans qu'elle soit demandée. Dans ce cas, nous pensons qu'il n'est pas nécessaire que les arbitres aient reçu pouvoir de l'ordonner, parce que l'art. 1024 rend communes aux jugements arbitraux les règles sur l'exécution provisoire.

[[C'est en conformité de cette dernière décision que la Cour de Rouen, 3 nov. 1807 (*J. P.*, 3e éd., t. 6, p. 335), a autorisé les arbitres à prononcer l'exécution provisoire en matière commerciale, où elle est de plein droit. Au surplus, les principes émis par M. Carré sont reproduits, avec raison, par MM. BOITARD, t. 3, p. 459; BELLOT, t. 3, p. 113; DE VATIMESNIL, p. 647, n° 271; RODIÈRE, t. 3, p. 24, et SOUQUET, *Dictionn. des Temps légaux*, v° *Arbitrage*, 26e tabl., 5e col., n° 66. **]]**

3337. *Quelles sont, en général, les formalités des sentences arbitrales?*

Les décisions arbitrales sont assujetties aux mêmes formalités que les jugements ordinaires (*voy.* RODIER, *des Sentences arbitrales*, n° 11, et PIGEAU, t. 1, p. 28); elles doivent être enregistrées et faire mention de l'enregistrement des pièces qu'elles mentionnent (*voy.* loi du 27 frim. an VII, art. 47 et 48); mais les arbitres ne sont pas tenus de faire enregistrer leur décision avant le dépôt (1), ainsi qu'il sera prouvé sur l'art. 1020.

[[De ce que les sentences arbitrales sont de véritables jugements, il suit, d'après MM. RODIÈRE, t. 3, p. 23; MONGALVY, p. 228, n° 293; DEVILLENEUVE et MASSÉ, *Contentieux commercial*, v° *Arbitrage*, n° 103, et DE VATIMESNIL, p. 641, n° 252, qu'elles doivent renfermer les noms, qualités et demeures des parties aussi bien que des arbitres, les conclusions, l'exposé sommaire des points de fait et de droit, les motifs et le dispositif, enfin, la date et le lieu où elles sont rendues, en un mot les diverses énonciations prescrites par l'art. 141, Cod. proc. civ., et par l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810.

Nul doute que l'observation de ces formes ne soit utile aux parties; mais est-elle prescrite à peine de nullité? C'est ce qu'il faut examiner : la loi ne prononce pas cette peine, et la jurisprudence ne paraît pas disposée à l'admettre.

Ainsi, en ce qui concerne la mention du lieu, la Cour de Douai, 12 janv. 1820 (*J. Av.*, t. 16, p. 450; DEVILL., *Collect. nouv.*, 6.2.182) a décidé que son omission pouvait être suppléée par les circonstances; et, quant aux conclusions à relater dans le jugement aussi bien qu'au point de fait, la Cour de cassation, le 30 avril 1828 (*J. P.*, 3e éd., t. 21, p. 1420) et le 29 mars 1832 (*J. Av.*, t. 43, p. 682; DEVILL., 1832, 1.288.), a admis qu'il suffisait qu'elles fussent annexées à la minute.

L'obligation des motifs et du dispositif semble plus essentielle. Toutefois, la Cour de Bordeaux, 28 nov. 1835 (*J. P.*, 3e éd., t. 27, p. 738; DEVILL., 1836, 2. 170) a jugé que les amiables compositeurs, dispensés de l'observation des

---

(1) [M. DALLOZ, t. 1, p. 751, not. 2, ne rapportant qu'une partie des expressions de M. Carré, lui fait dire que les arbitres *ne sont pas tenus de faire enregistrer leur décision.* C'est une inexactitude qu'il suffit de relever ici.]

règles de droit, l'étaient aussi de l'obligation de motiver leur sentence; et quant au dispositif, qui semble plus important encore, il n'est pas besoin, selon la Cour de Colmar, 24 juillet 1810 (*J. Av.*, t. 16, p. 498), que l'acte par lequel les arbitres mettent fin à un débat porte une condamnation expresse, pour être assimilé à un jugement. Il s'agissait, dans l'espèce jugée par cette dernière Cour, d'un compte arrêté et clos en ces termes : *fait, jugé et terminé* en présence des parties, etc.

Il est facile, ce nous semble, de justifier toutes ces décisions et de les rattacher à un principe commun : rien, dans la loi, ne détermine les formes de la sentence arbitrale, ne renvoie même à l'art. 141. Est-ce à dire que ce renvoi résulte de la nature même des choses? C'est créer des nullités par induction; chose d'autant moins admissible qu'évidemment l'art. 141 n'est pas destiné à régir les jugements d'arbitres, puisqu'il exige la mention du nom du procureur du roi qui a conclu, des avoués qui ont représenté les parties, etc. Nous rentrons donc dans un arbitraire que limite seulement la nécessité d'obéir à certaines règles. Ainsi, sans parler des formes inconciliables avec la nature de l'instance arbitrale, nous nous contenterons d'exposer quelques principes qui nous paraissent s'induire des décisions rapportées ci-dessus.

Il est des formes que rend obligatoires le caractère de la justice ou de ceux qui la rendent : celles-là sont évidemment inapplicables à l'arbitrage. Ainsi, la Cour de cassation, le 22 nov. 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 225; Devill., *Collect. nouv.*, 8.1.706), a-t-elle validé le jugement rendu un jour férié, et le 1er mars 1830 (*J. Av.*, t. 38, p. 304) une sentence rédigée en langue étrangère, mais déposée au greffe avec une traduction française. Nous avons déjà vu, *Quest.* 3260, que les arbitres peuvent être choisis parmi des étrangers.

Le *lieu*, c'est-à-dire la maison où le jugement a été rendu, est aussi, pour les arbitres, une circonstance indifférente. Quant à la localité, elle fait partie de la date, mais elle ne lui est pas nécessairement inhérente, et rentre, par conséquent, dans la classe des formalités dont nous devons parler maintenant.

Ce sont celles qui font partie du jugement lui-même. Il en est sans lesquelles la sentence manquerait de quelques-uns de ses éléments : tels sont les conclusions des parties, l'exposé des points de fait et de droit, etc. De leur nécessité comparée avec le silence de la loi, il résulte, ce nous semble, deux règles : la première, qu'elles doivent se trouver dans l'acte qui met fin au débat (voy. *Quest.* 3391); la seconde, que peu importe la manière dont elles s'y trouvent, et que la rigueur des termes soit de l'art. 141, soit de la loi de 1810, est ici inapplicable.

Il est d'autres formes qui, nécessaires aux jugements des tribunaux civils, ne le sont pas à l'égard des arbitres; par exemple, *les motifs*, lorsqu'il s'agit d'amiables compositeurs, dispensés de juger suivant les règles du droit. Nous avons déjà vu que, d'après un arrêt de Bordeaux, leur inobservation n'entraîne point la peine de nullité. (*Voy.* également un arrêt de cass., 11 fév. 1806; Devill., *Collect. nouv.*, 2.1.214, cité à la jurisprudence de l'art. 1019.)

Les formalités constitutives d'un jugement, et qui n'admettent pas d'équivalents, telles que *la signature*, etc., doivent, comme on le pense bien, se retrouver dans toute sentence arbitrale. La signature des juges est même exigée par l'art. 1016. Quant à la date, *voy.* la *Quest.* 3339.

L'enregistrement, tant du jugement que des pièces qui lui servent de base, n'est pas exigé avec moins de rigueur.]]

[[**3337** bis. *La sentence arbitrale fait-elle foi de toutes les énonciations qu'elle renferme?*

On sait que les jugements émanés des tribunaux ordinaires font foi des faits

qu'ils constatent jusqu'à inscription de faux. L'on s'est demandé si le même effet doit être attribué aux sentences arbitrales?

La Cour de Besançon, 30 déc. 1814 (*J. Av.*, t. 18, p. 639), a jugé, en matière d'arbitrage forcé, que ces juges, étant établis par la loi, ont caractère pour certifier la comparution des parties, les débats élevés entre elles, leur consentement, la décision rendue sur chacun des points de la contestation, enfin le jour où a été arrêtée la sentence définitive.

Conformément aux mêmes principes, la Cour de Bruxelles, le 12 déc. 1809 (*J. Av.*, t. 16, p. 180), a décidé que les mêmes arbitres ont qualité pour constater la transaction intervenue entre les parties, et pour rendre celles-ci non recevables à critiquer leur déclaration.

Doit-il en être ainsi en matière d'arbitrage volontaire, où les juges nommés par les parties, pris indistinctement dans toutes les classes de citoyens, comme nous l'avons dit sous la *Quest.* 3260, ne sont pas, à proprement parler, revêtus de fonctions publiques, ni par conséquent d'un caractère qui mette à l'abri de tout débat les énonciations de leurs actes? Il s'était, dans l'origine, élevé des controverses à ce sujet, comme sur le point de savoir si ces mêmes arbitres sont en droit d'ordonner la contrainte par corps, de décerner une commission rogatoire, etc., et la Cour de Nîmes, 30 germ. an XIII (*J. Av.*, t. 16, p. 449), tint pour constant, seulement d'après les pièces du procès, qu'une déclaration dont le jugement arbitral attestait l'existence n'avait pas été réellement faite.

Aujourd'hui tous les doutes sont levés sur le caractère et la force des décisions arbitrales. Les auteurs et la jurisprudence reconnaissent qu'elles font foi, comme les jugements ordinaires, des faits qu'elles constatent, et ne peuvent être attaquées sous ce rapport que par la voie de l'inscription de faux.

Ainsi, la simple signature des arbitres, apposée au bas de la sentence, en rend la date authentique, indépendamment de la lecture aux parties, du dépôt et de l'enregistrement, d'après les Cours de Lyon, 20 août 1828 (*J. P.*, 3e éd., t. 22, p. 226); cass., 15 therm. an XI, 31 mai 1809 et 15 janv. 1812; Paris, 11 juill. 1809, 28 mai 1810 et 12 juin 1816; Grenoble, 31 août 1818 et 7 déc. 1824 (*J. Av.*, t. 16, p. 445, et *Mémorial de Toulouse*, t. 12, p. 409); Bordeaux, 13 juill. 1830 (*J. Av.*, t. 40, p. 70). *Voir* aussi en ce sens M. SOUQUET *Dict. des Temps légaux*, v° *Arbitrage*, au 24e tabl., 5e col., nos 26 et 27.

Il a encore été jugé que la sentence arbitrale fait foi de la production des pièces; Besançon, 18 déc. 1811 (*J. Av.* t. 16, p. 505); de l'époque de leur remise; Turin, 8 mars 1811 (*J. Av.*, t. 16, p. 489); du partage et de la nomination d'un tiers arbitre : Cass., 3 janv. 1826 (*J. Av.*, t. 30, p. 388) et Nîmes, 20 mars 1839 (*ibid.*, t. 57, p. 505); de l'époque de cette nomination; Rennes, 28 avril 1817 (*ibid.*, t. 15, p. 128).

Mais si, en thèse générale, un jugement arbitral produit l'effet attaché à toute décision émanée de l'autorité judiciaire, il est des circonstances particulières à l'arbitrage, qui semblent devoir apporter quelques modifications à cette règle. On sait à quelles conditions est soumise la formation du tribunal arbitral, de quels faits dépend la validité de ses actes : les arbitres sont-ils compétents pour attester que ces faits ont eu lieu, que ces formes ont été remplies? Leur déclaration doit-elle prévaloir contre une dénégation qui est en même temps celle de leurs pouvoirs? Dépend-il d'eux, en un mot, d'assurer à leur jugement le caractère qui lui est contesté?

La question s'est présentée sous des faces différentes; elle a été résolue en sens divers.

Ainsi, dans l'un des arrêts que nous venons de citer, le délai du compromis était d'un mois, à partir de la remise des pièces : Une des parties soutenait que ce terme avait été dépassé, que les arbitres étaient par conséquent sans qualité pour rendre leur sentence; mais cette sentence certifiait le contraire. Dans une

autre espèce, la déclaration de partage, la nomination du tiers arbitre, la fixation de l'époque à laquelle il avait commencé d'agir, n'étaient constatées que par le jugement, et les parties soutenaient que les formes prescrites par la loi n'avaient pas été remplies. Cependant ces réclamations furent rejetées, ainsi que nous l'avons dit, à raison de la foi due aux déclarations des arbitres.

La Cour de Toulouse, 8 mai 1820 (*J. Av.*, t. 7, p. 90), a également tenu pour constantes les énonciations d'un jugement arbitral, relativement à une partie qui prétendait n'avoir pas donné mandat de compromettre en son nom, bien que ce fait attaquât le pouvoir des juges dans son essence.

Cependant la même Cour, le 7 juin 1810 (*J. Av.*, t. 16, p. 497), annulait une décision rendue après l'expiration du terme du compromis, bien que les arbitres eussent déclaré que les parties prorogeaient leur juridiction.

Par des raisons analogues, la Cour de Trèves, le 15 nov. 1811 (*J. Av.*, t. 7, p. 37), a décidé, dans une espèce où le compromis était dépourvu des conditions de sa validité, que la ratification des parties, qui couvre la nullité résultant de ce fait, ne peut être établie par la seule déclaration des arbitres, et M. Carré, sur la *Quest.* 3272, approuve cette décision qu'ont adoptée aussi MM. Favard de Langlade, t. 1, p. 197, de Vatimesnil, p. 580, n° 33, et à laquelle la Cour de Toulouse, le 29 avril 1820 (*J. Av.*, t. 7, p. 88), s'est conformée, en jugeant que la signature des parties, apposée au bas du jugement, peut seule établir la ratification qu'on leur oppose. L'avis contraire résulte d'un arrêt de Turin, 12 mess. an XIII (*J. Av.*, t. 7, p. 85).

Dans ce conflit de décisions, en apparence contradictoires, voici la règle à laquelle nous croyons devoir nous rattacher :

La sentence arbitrale est-elle infectée de l'un de ces vices qui en entraînent la nullité? Résulte-t-il par exemple de sa contexture qu'elle a été rendue hors des termes, ou après les délais du compromis? Ou bien le compromis n'a-t-il pas été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ; est-il dépourvu de l'une des formes prescrites par l'art. 1005 à peine de nullité?... Les arbitres sont sans pouvoir, sans titre qui rende leurs déclarations authentiques, et il ne dépend pas d'eux de donner ou de rendre à leurs sentences le caractère qui leur manque. Il ne suffit donc point qu'ils affirment l'existence de faits qui couvriraient la nullité dont il s'agit ici ; la prorogation de leurs pouvoirs dans le premier cas, l'exécution volontaire des parties dans le second : ils ne seront crus sur ces divers points que lorsque l'aveu de toutes parties ou des preuves irrésistibles viendront confirmer leurs dires, dénués par eux-mêmes d'authenticité.

Mais lorsque la sentence arbitrale n'est pas infectée de ces vices, que sa contexture et celle du compromis établissent le pouvoir des arbitres, il ne servirait de rien aux parties d'alléguer, par exemple, qu'ils ont mis une fausse date à leur décision, rendue, d'après elles, hors des termes du compromis, ou qu'ils ont supposé ou dénaturé certains faits pour rendre la sentence inattaquable ; car la présomption étant ici en faveur de l'acte, valable en lui-même, les arbitres se trouvent revêtus d'un caractère de juges, et on doit par conséquent les croire dans toutes leurs affirmations, jusqu'à inscription de faux.

Tout ici dépend donc de la constatation de ces deux faits : existe-t-il un compromis valable qui constitue le tribunal arbitral? n'existe-t-il dans la sentence aucun fait d'où résulte la cessation de pouvoirs? Il est facile, au moyen de cette précision, de résoudre toutes les espèces dont nous venons de parler et celles qui peuvent se présenter encore.

Il est d'ailleurs incontestable que le caractère d'authenticité ne se trouve pas dans les déclarations d'un seul ou de quelques arbitres, faites en dehors du jugement. C'est ce qu'a décidé, avec raison, la Cour de Paris, le 17 juin 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 17).]]

3338. *La décision arbitrale doit-elle être prononcée en présence des parties?*

Cette question était controversée par les anciens commentateurs; mais tous les auteurs sont aujourd'hui d'avis que la formalité de la prononciation n'est point nécessaire, puisque le Code de procédure ne la prescrit pas. (V. *Nouv. Répert.*, t. 1, p. 300.)

[[MM. Mongalvy, p. 229, n° 295, et Goubeau, t. 1, p. 334, enseignent au contraire que le jugement doit être lu en présence des parties et celles-ci dûment appelées à cet effet. Mais l'opinion de M. Carré, adoptée par MM. Thomine Desmazures, t. 2, p. 673; Bellot, t. 3, p. 123; de Vatimesnil, p. 639, n° 245; Devilleneuve et Massé, v° *Arbitrage*, n° 103, a été consacrée par la Cour de Paris, le 12 juin 1816 (*J. Av.*, t. 16, p. 455); et la Cour de cassation, 3 mars 1830 (*J. P.*, 3e éd., t. 23, p. 223), a jugé, en conformité de la même doctrine, que le délai de l'exécution d'un jugement arbitral court seulement du jour *de sa signification.*

On comprend aisément pourquoi le Code de procédure n'a pas exigé dans l'arbitrage l'accomplissement de cette formalité, la publicité des audiences, dont elle est la conséquence naturelle, n'existant pas en cette matière.]]

3339. *Quel est le jour auquel est fixée la date de la sentence arbitrale? Une sentence sans date est-elle nulle?*

Il est certain que la sentence arbitrale prend date du jour où les arbitres l'ont signée; ainsi, par exemple, une telle sentence, signée à une époque antérieure à l'expiration du délai est valable, encore que le dépôt au greffe et l'enregistrement n'aient eu lieu qu'après cette expiration (1). (*Voy.* l'arrêt cité sur l'article 1012, et arrêt de la Cour de Paris du 11 juil. 1809, Sirey, 1812, *J. P.*, 3e éd., t. 7, p. 677.)

Une autre conséquence de cette décision, c'est qu'on ne pourrait donner pour date à la sentence le jour où les arbitres auraient clos le procès-verbal de leur séance, et déclaré que leur mission était remplie. (*Voy.* arrêt de la Cour de cassation, du 3 juin 1808; S. 9.1.257, et *J. Av.*, t. 16, p. 465.)

Nous remarquerons ici que la date n'est pas essentiellement nécessaire pour la validité de la sentence, pourvu que le compromis qui l'a précédé en ait une qui soit certaine, et qu'il soit d'ailleurs constaté que les arbitres n'ont pas jugé après le délai; ce qui ne peut être constaté que par l'enregistrement, ou le décès d'un des arbitres, antérieur à l'expiration du délai. (*V.* Boucher, p. 372, nos 771 et suiv.)

[[MM. Mongalvy, p. 237, nos 296 et 297, de Vatimesnil, p. 639, nos 246, 250 et 251, et Souquet, *Dict. des temps légaux*, v° *Arbitrage*, 24e tabl., 5e col., n° 22, partagent sur tous ces points l'opinion de M. Carré. Il nous paraît évident, comme à ces auteurs, que la sentence, qu'il est nécessaire de dater, uniquement pour savoir si elle a été rendue dans les délais du compromis, est valable, si d'ailleurs il est certain qu'elle est antérieure à l'expiration de ces délais. Nous ne pouvons par conséquent approuver un arrêt de Paris, 16 août 1832 (*J. P.*, 3e éd., t. 24, p. 1407; Devill., 1832.2.545), décidant que les avis des arbitres partagés doivent être datés, à peine de nullité de la sentence rendue par

---

(1) [Les arbitres ne peuvent pas par un acte postérieur, changer la date donnée à leur jugement. Cassat., 1er niv. an IX; Douai, 12 janv. 1820 (*J. Av.*, t. 16, p. 450; Devill., *Collect. nouv.*, 6.2.182).]

le tiers arbitre, et que la date ne peut être établie par des faits étrangers à l'acte lui-même. S'il y a certitude que la sentence a été rendue dans les délais du compromis, pourquoi attacher la nullité à l'inobservation d'une forme qui n'a d'autre objet que de mettre ce point hors de contestation?

La Cour de cassation, 24 août 1829 (*J. P.*, 3e éd., t. 22, p. 1400), a validé un compromis dont la date était postérieure à celle de la sentence, lorsqu'il était démontré que cette date était fausse, et que les deux actes avaient été faits dans le délai stipulé. Ce que cette Cour a décidé, à l'égard du compromis et d'une date fausse, s'applique par les mêmes raisons à la sentence arbitrale et au défaut de date.

Quant au principe que la sentence arbitrale est acquise aux parties du jour où les arbitres l'ont signée, il n'est que la conséquence de ceux que nous avons émis sur la précédente question. Les inductions qu'en tire M. Carré n'en sont pas moins exactes. Toutefois la dernière présente dans ses termes une équivoque qu'il est peut-être utile de relever : lorsque M. Carré dit *qu'on ne pourrait donner pour date à la sentence le jour où les arbitres auraient clos leur procès-verbal*, il n'entend pas exprimer autre chose, sinon que la véritable date du jugement n'est pas celle du procès-verbal des séances dans lequel les arbitres déclarent l'objet de leur mission rempli; et que la sentence n'existe que du jour où elle a été rédigée et signée des arbitres. Tel est du reste le sens de l'arrêt de Cassation précité.]]

3340. *Les arbitres ne peuvent-ils juger par défaut que le dernier jour du délai?*

C'est l'avis des anciens commentateurs (*Voy.* entre autres, JOUSSE, p. 708); mais M. Merlin fait observer avec raison (Voy. *Nouv. Répert.*, t. 1, p. 298), que l'art. 1016 ne parle pas de cette restriction, et conséquemment toute sentence arbitrale, rendue par forclusion après le délai donné pour la production des pièces, doit être déclarée valable.

[[En fixant le délai dans lequel les parties seront tenues de produire, l'article 1016 permet implicitement aux arbitres de juger après son expiration, c'est-à-dire, pendant tout le cours de la dernière quinzaine qui précède la fin du compromis. L'opinion de M. Carré nous paraît donc bien fondée. Au surplus, tant que le jugement n'a pas été rendu, les parties sont en droit de produire, comme nous l'avons dit sous la *Quest.* 3325, dont la solution n'est nullement contradictoire avec celle que nous émettons ici. *V.* également notre *Quest.* 3326.]]

3341. *Les sentences arbitrales rendues par défaut, ou plutôt par forclusion, ne sont-elles, en aucun cas, sujettes à l'opposition?*

L'affirmative nous paraît clairement prononcée par la dernière disposition de l'art. 1016.

Cependant M. DELAPORTE, t. 2, p. 485, dit que cette disposition ne doit s'entendre que du jugement déposé, et que, jusqu'à ce dépôt, rien n'empêche que la partie qui n'a pas comparu ne puisse former son opposition devant les arbitres.

Nous pensons qu'une telle opposition resterait sans effet, si la partie adverse ne consentait pas à ce que les arbitres rendissent un nouveau jugement; car d'un côté, la loi décide qu'*en aucun cas* un jugement arbitral ne sera sujet à l'opposition, et de l'autre, il est incontestable que le jugement est acquis aux parties au moment où il a été signé, en sorte que les arbitres ne peuvent ni le réformer ni le changer. (*V.* notre *Quest.* 3311.)

[[Telle est également l'opinion de MM. BELLOT, t. 1, p. 128, et SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, au 24e tabl., 5e col., n° 19. Elle n'est que la conséquence bien fondée des termes de l'art. 1016. Toutefois M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 728, fait observer avec raison que la défense de former opposition ne concerne pas le jugement qui a ordonné l'arbitrage. Il est évident que les motifs qui ont déterminé la dernière disposition de l'art. 1016 ne s'appliquent point dans ce cas, et nous doutons qu'il soit jamais venu à l'esprit de personne d'élever une difficulté sur ce point.

C'est également avec raison que la Cour de Paris, le 25 mars 1814 (*J. Av.*, t. 4, p. 586), a décidé que le jugement par défaut qui déboute de l'action en nullité ouverte par l'art. 1028 est susceptible d'opposition.

Nous pensons aussi qu'en appel l'opposition est permise.]]

ART. 1017. En cas de partage, les arbitres autorisés à nommer un tiers seront tenus de le faire par la décision qui prononce le partage : s'ils ne peuvent en convenir, ils le déclareront sur le procès-verbal, et le tiers sera nommé par le président du tribunal qui doit ordonner l'exécution de la décision arbitrale.

Il sera, à cet effet, présenté requête par la partie la plus diligente.

Dans les deux cas, les arbitres divisés seront tenus de rédiger leur avis distinct et motivé, soit dans le même procès-verbal, soit dans des procès-verbaux (1) séparés (2).

Tarif, 77. — Cod. comm., art. 60. — Cod. proc. civ., art. 1012, 1018, 1020.

ART. 1018. Le tiers arbitre sera tenu de juger dans le mois du jour de son acceptation, à moins que ce délai n'ait été prolongé par l'acte de la nomination : il ne pourra prononcer qu'après avoir conféré avec les arbitres divisés, qui seront sommés de se réunir à cet effet.

Si tous les arbitres ne se réunissent pas, le tiers arbitre prononcera seul ; et néanmoins il sera tenu de se conformer à *l'un des avis des autres* (3) *arbitres.*

Tarif, 29. — [Notre Comm. du Tarif. t. 2, p. 504, nos 19 à 22.] — Cod. proc. civ., art. 1007, — [Notre Dict. gén. de proc. civ., v° *Arbitrage*, nos 320 à 362. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 602 à 713. — Devilleneuve, v° *Arbitre (tiers).* — Locré, t 23, p. 407, nos 8 et 9.

QUESTIONS TRAITÉES : Les parties pourraient-elles, en cas de désaccord des arbitres, se réserver le droit de choisir le tiers départiteur, ou d'en confier la nomination à une autre personne? Quel serait l'effet de cette convention? 3341 *bis*. — Les arbitres pourraient-ils, après une déclaration de partage et la rédaction du procès-verbal, se réunir de nouveau et rendre leur sentence, sans recourir au tiers arbitre? 3341 *ter*. — Lorsqu'il y a eu partage d'opinions entre plusieurs arbitres, y a-t-il lieu de recourir au tiers arbitre pour vider le partage, quoique depuis la déclaration de partage, un des arbitres ait cessé de l'être? *Q*. 3342. — Si les arbitres n'étaient pas autorisés à nommer un tiers arbitre et que les parties ne fussent pas convenues d'en nommer elles-

---

(1) *Voy.* le commentaire sur l'art. 1009 et sur le précédent.

(2) [Si les parties qui ont nommé des arbitres en nombre pair, ne prévoyaient pas le cas de partage et ne prenaient aucune mesure pour assurer en ce cas la nomination du tiers départiteur, le compromis prendrait fin (art. 1012, n° 3).]

(3) C'est-à-dire qu'il n'a que l'option pour l'un ou pour l'autre des avis qui forment le sujet du partage.

mêmes, suffirait-il de constater le partage, sans dresser procès-verbal des avis et des motifs de chacun? *Q.* 3343.—Les arbitres autorisés à choisir le tiers départiteur peuvent-ils, en cas de désaccord sur sa nomination, recourir à un autre moyen que celui qu'indique l'art. 1017? *Q.* 3343 *bis.* — Les arbitres autorisés à nommer un tiers arbitre peuvent-ils, sans l'autorisation formelle des parties, le faire concourir à leurs délibérations dès le principe, et avant qu'il y ait partage? *Q.* 3344. — Les arbitres avant de déclarer partage doivent-ils, comme les juges ordinaires, se réduire à deux opinions? Peut-il y avoir plusieurs tiers arbitres? *Q.* 3345. — Lorsque les arbitres nommés en nombre impair se sont scindés en deux partis inégaux, y a-t-il lieu de déclarer partage, si la majorité se compose de juges représentant un intérêt commun? 3345 *bis.* — Le partage peut-il être déclaré, lorsqu'il n'a pas été émis deux avis contraires? plus spécialement : y a-t-il partage si, de deux arbitres, l'un donne son avis, l'autre refuse de l'émettre, pour quelque cause que ce soit? *Q.* 3345 *ter.*—La décision sur laquelle les arbitres se déclarent en partage doit-elle être notifiée aux parties et rendue exécutoire, comme le serait la sentence arbitrale elle-même? *Q.* 3345 *quater.* — Le partage a-t-il pour effet de remettre en question toute la sentence arbitrale, même les points sur lesquels les arbitres sont tombés d'accord? *Q.* 3345 *quinquies.* — Quelles sont les personnes qui peuvent être choisies pour tiers arbitres? *Q.* 3345 *sexies.* — Les arbitres peuvent-ils, lors des conférences avec le tiers arbitre, abandonner leur premier avis pour en adopter un nouveau, conjointement avec lui? Le tiers arbitre prononce-t-il en dernier ressort, comme les arbitres eux-mêmes? *Q.* 3346. — Le tiers départiteur est-il rigoureusement tenu d'appeler en conférence les arbitres divisés? Dans quelle forme doit être faite cette sommation? *Q.* 3346 *bis.* — Les parties peuvent-elles dispenser le tiers arbitre de toute conférence orale avec les arbitres divisés? *Q.* 3346 *ter.* — Le tiers arbitre est-il tenu d'adopter dans son intégrité l'opinion de l'un des arbitres, dans les cas prévus par la *Quest.* 3346, où les deux arbitres divisés persistent chacun dans son opinion, ou lorsqu'ils refusent de se réunir avec lui? *En d'autres termes :* Est-il loisible au tiers arbitre de prendre de chaque opinion ce qui lui semble devoir former le fondement de sa décision? *Q.* 3347. — La nullité résultant de ce que le tiers départiteur s'est rangé à un avis différent de celui des arbitres peut-elle être invoquée de toutes parties? 3347 *bis.* — Le tiers arbitre doit-il nécessairement entendre *simultanément* les arbitres divisés? Autrement : suffit-il, pour la validité de sa décision, qu'il les ait entendus tous deux, quoique *séparément*? *Q.* 3348. — Le tiers arbitre doit-il nécessairement prononcer dans le mois de son acceptation? *Q.* 3349.—La comparution volontaire des parties devant le tiers départiteur couvre-t-elle la nullité résultant de ce qu'il aurait rendu sa sentence après l'expiration du délai déterminé par l'art. 1018? 3349 *bis.*—Le tiers arbitre pourrait-il ordonner une enquête, un rapport d'expert, en un mot, faire ou recommencer l'instruction? *Q.* 3349 *ter.*—Le jugement rendu par le tiers départiteur doit-il contenir toutes les formalités requises pour le jugement des arbitres? *Q.* 3349 *quater.*—Dans le cas où le tiers arbitre est, comme les arbitres, du choix des parties, et a été nommé comme eux par l'acte de compromission, faut-il néanmoins appliquer l'art. 1017? *Q.* 3350.—Le procès-verbal qui constate la présence d'un arbitre aux conférences peut-il être contredit par un acte extrajudiciaire, donné par cet arbitre longtemps après le dépôt du jugement? *Q.* 3351.— Le jugement du tiers arbitre peut-il être annulé sous prétexte du défaut de rédaction du procès-verbal exigé par l'art. 1017? *Q.* 3352. — L'annulation de la sentence rendue par le tiers arbitre entraîne-t-elle celle de tous les actes antérieurs, de telle sorte qu'il soit nécessaire de passer un nouveau compromis? *Q.* 3352 *bis.*— Les art. 1017 et 1018 doivent-ils recevoir leur application en matière d'arbitrage légal ou forcé? *Q.* 3353 (1).]

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° L'art. 1018, Cod. proc. civ., qui autorise le tiers arbitre à prononcer seul, s'applique aux arbitrages commencés avant la publication du Code de procédure, si le jugement est rendu depuis. Montpellier, 27 nov. 1811 (*J. Av.*, t. 16, p. 503).

2° Lorsqu'après qu'un tiers arbitre a conféré avec les arbitres, les parties se rendent chez lui, non pour y débattre leurs intérêts, mais pour s'y arranger entre elles, il n'est pas nécessaire que ce tiers ait une nouvelle conférence avec les arbitres. Cassat., 11 fév. 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 19; Devill., *Collect. nouv.*, 7.1.395).

3° La prorogation du délai dans lequel le tiers arbitre doit rendre son jugement peut être faite par un acte postérieur à celui de sa nomination. Florence, 13 juin 1810 (*J. Av.*, t. 16, p. 482).

4° Lorsqu'après l'expiration du délai, les parties en accordent un nouveau au tiers arbitre, il doit, à peine de nullité, prononcer dans le délai fixé. Rennes, 21 juin 1816 (*J. Av.*, t. 16, p. 527).

5° On ne peut se faire un moyen de nullité contre une sentence arbitrale de ce qu'elle a été délibérée et rendue au lieu de la résidence du tiers arbitre, quoique les deux arbitres se soient précédemment réunis dans un autre lieu désigné par le compromis. Cassat., 5 déc. 1810 (*J. Av.*, t. 4, p. 571; Devill., *Collect. nouv.*, 3.1.267).

6° Si l'acte de nomination du tiers arbitre ne mentionne pas son acceptation, on peut la faire résulter des actes subséquents qui manifestent sa volonté. Nîmes, 30 janv. 1812 (*J. Av.*, t. 4, p. 583; Devill., *Collect. nouv.*, 3.2.27).]

[[**3341** bis. *Les parties pourraient-elles, en cas de désaccord des arbitres, se réserver le droit de choisir le tiers départiteur ou d'en confier la nomination à une autre personne? Quel serait l'effet de cette convention?*

L'art. 1017 suppose que, dans le compromis, ou par un acte postérieur, les parties ont donné à leurs arbitres, pris en nombre pair, le droit de choisir, en cas de désaccord, un tiers pour les départager; mais ce droit, il nous paraît évident qu'elles peuvent l'exercer elles-mêmes, et c'est ce que reconnaissent tous les auteurs. M. MONGALVY, p. 92, n° 109, dit que cette nomination produit un nouveau compromis, et il l'autorise pour ce motif. Il faudrait conclure de là que c'est dans la forme du compromis, telle qu'elle est fixée par l'art. 1005, et avec toutes ses conditions, que doit avoir lieu la désignation du tiers arbitre. Mais la doctrine de M. Mongalvy ne nous paraît exacte que dans le cas où les parties voudraient user de ce droit, sans l'avoir réservé dans le compromis, ni aux arbitres, ni à elles-mêmes. Lorsqu'elles ont expressément déclaré qu'elles nommeraient, en cas de désaccord, un tiers départiteur, la réalisation de cette convention n'est pas un nouveau compromis, c'est la conséquence du premier.

Il peut arriver que les parties elles-mêmes, aussi bien que les arbitres, lorsque ceux-ci ont le droit de choisir le tiers qui les départage, soient en désaccord sur la désignation à faire, auquel cas il y a lieu à se pourvoir devant le président du tribunal, conformément à la disposition de l'art. 1017, et non devant le tribunal tout entier, comme l'enseigne M. BELLOT, t. 3, p. 153. Nous ne voyons pas pourquoi la règle de l'art. 1017 ne s'appliquerait point dans ce cas, aussi bien que dans celui où la nomination serait réclamée par les arbitres en désaccord.

Dans le cas où les parties auraient déclaré dans le compromis qu'un tiers départiteur serait nommé en cas de partage, sans dire par qui, on peut se demander si ce droit appartient aux arbitres ou aux compromettants. M. BELLOT, t. 3, p. 136, hésite sur la solution à donner. Toutefois il se prononce en faveur de ces derniers. Une décision absolue nous semble à peu près impossible à cet égard. Il faut effectivement supposer, pour que la question se présente, que rien dans l'acte ne manifeste l'intention des parties, et que celles-ci disputent aux arbitres l'avantage de cette nomination. Or, il est difficile de penser que ces derniers refusent de s'en rapporter à ceux dont ils tiennent leurs pouvoirs. Toutefois, l'embarras pourrait se compliquer d'un désaccord mutuel entre les parties, ou entre les arbitres, quelques-uns voulant exercer le droit de nomination, et les autres s'en dessaisir. Nous pensons qu'alors le parti le plus convenable consiste à s'adresser au président du tribunal, pour qu'il désigne lui-même le tiers départiteur, tout comme s'ils étaient en désaccord sur le choix. On voit qu'il est prudent, pour couper court d'avance à toute difficulté, de s'expliquer à ce sujet dans le compromis, ou dans l'acte qui autorise la nomination du tiers arbitre.

Il peut encore se faire que les parties, au lieu de se réserver ce droit, l'attribuent à une autre personne, stipulation parfaitement valable, comme l'enseignent MM. DEVILLENEUVE et MASSÉ, v° *Arbitre*, n° 12, et qui a même l'avantage d'assurer un choix plus impartial et une marche plus rapide. Rien n'empêche les parties de décider, par exemple, qu'en cas de désaccord entre les juges qu'elles se sont choisis, la nomination du tiers chargé de les départager sera faite directement par le président du tribunal civil, sans qu'il soit nécessaire de s'adresser d'abord aux arbitres eux-mêmes. L'art. 1017 ne l'appelle en second lieu que dans le cas où les parties ont autorisé leurs juges à procéder à ce choix, mais il ne leur est pas interdit de préférer à cette marche celle que nous venons d'indiquer. La Cour de Paris, le 6 août 1829 (*J. Av.*, t. 39, p. 149), a admis ce système en matière d'arbitrage forcé, où les parties ont beaucoup moins de latitude. La

Cour de Caen, 19 nov. 1836 (*J. Av.*, t. 53, p. 495), en se prononçant dans le même sens, a été jusqu'à permettre au tiers désigné de charger à son tour une autre personne de la nomination du départiteur, conformément au droit que donne au mandataire l'art. 1994, Cod. civ., sauf à répondre des faits de celui qu'il s'est substitué : d'où il suit que, si les retards occasionnés par cette substitution, ou si la négligence du second mandataire ont causé quelque préjudice aux parties par l'expiration du compromis, et la péremption des opérations arbitrales, le premier sera tenu de tels dommages-intérêts que de droit.]]

[[**3341** ter. *Les arbitres pourraient-ils, après une déclaration de partage et la réduction du procès-verbal, se réunir de nouveau, et rendre leur sentence, sans recourir au tiers arbitre?*

Nous admettons, dans la position de la question, qu'en déclarant le partage, les arbitres ont rédigé, en forme de procès-verbal, leur avis distinct et séparé, conformément aux dispositions de l'art. 1017. Ce procès-verbal est un véritable jugement qui porte d'ordinaire nomination du tiers départiteur. Dans tous les cas, il est certain que les arbitres qui l'ont rendu sont désormais incompétents pour le réformer, et pour en détruire l'effet principal, qui est d'attribuer juridiction au tiers arbitre. Si donc, en cette position, ils se réunissaient de nouveau pour rendre leur sentence, les parties pourraient en demander la nullité, si elles n'avaient par aucun acte élevé de fin de non-recevoir contre cette demande. C'est ce qu'a jugé la Cour de Paris, le 11 avril 1825 (*J. Av.*, t. 32, p. 231), et sa décision est approuvée par MM. Mongalvy, p. 90, n° 110, et Bellot, t. 3, p. 144.]]

3342. *Lorsqu'il y a eu partage d'opinions entre plusieurs arbitres, y a-t-il lieu de recourir au tiers arbitre pour vider le partage, quoique, depuis la déclaration de partage, un des arbitres ait cessé de l'être?*

Cette question a été jugée pour la négative en matière d'arbitrage forcé, dans l'espèce où l'un des arbitres divisés s'était déporté après la nomination du tiers arbitre, et avait été remplacé. (*Voy.* arrêt de la Cour de Paris du 14 janv. 1808, S., 8.2.71; *J. Av.*, t. 4, p. 534.)

Les motifs de cette décision sont :

1° Que l'arbitre, ayant abandonné la discussion, n'était plus dans le cas de soutenir son opinion devant le tiers arbitre, lequel n'aurait point encore prononcé....;

2° Que, par le remplacement de cet arbitre, les choses n'étaient plus dans le même état, puisqu'on ignorait quelle serait l'opinion du nouvel arbitre appelé pour ce remplacement, et que, par cette raison, la nomination du tiers se trouvait alors prématurée.

Mais en serait-il de même en matière d'arbitrage volontaire, en cas de décès d'un des arbitres?

On appuie la négative sur la seconde disposition de l'art. 1018, qui décide que le tiers arbitre prononcera seul, *dans le cas où les arbitres ne se réuniraient pas*; que conséquemment il n'est pas absolument indispensable que les arbitres qui ont rendu leur décision concourent avec le tiers arbitre, et que, s'il en était autrement, on priverait une des parties du bénéfice du partage qui lui est acquis dès qu'il est déclaré.

On répond que l'art. 1012 porte que le compromis finit par le décès d'un des arbitres.

Or, la nomination du tiers arbitre n'est qu'une suite de cet acte originaire, duquel ce tiers arbitre tient ses pouvoirs : il serait donc contradictoire qu'il

pût agir, lorsque la compromission n'existe plus. A la vérité, cette raison ne s'applique qu'au cas où le compromis ne porte pas qu'il sera pourvu au remplacement de l'arbitre décédé; mais une autre raison de décider de la sorte s'appliquera dans tous les cas; c'est que l'art. 1018 veut que le tiers arbitre réunisse les arbitres divisés pour conférer avec eux; et dans l'espèce dont il s'agit ici, cette mesure prescrite par la loi ne pourrait être pratiquée.

Nous concluons de là que le tiers arbitre ne peut prononcer après le décès des arbitres divisés.

[[La solution de cette question dépend de celle de savoir si les arbitres ont épuisé leur mission par le procès-verbal de partage; si dès lors il ne leur reste plus qu'à exposer de vive voix au tiers départiteur les motifs de leur opinion, ou si, au contraire, convoqués par le tiers arbitre, ils rentrent dans la plénitude de leur indépendance, libres de modifier leur premier avis et de former la majorité sur de nouveaux éléments.

Il est certain que si cette dernière opinion devait prévaloir, le décès ou déport de l'un des arbitres, avant que le tiers départiteur eût prononcé, mettrait fin au compromis, du moins lorsque le cas n'est pas prévu, ni les formes de remplacement réglées par les parties.

Mais nous décidons sur la *Quest.* 3316 que, par l'acte déclaratif de partage, la mission des arbitres est épuisée, que le tiers départiteur juge seul, et que la conférence à laquelle la loi exige qu'il les appelle n'a d'autre but que de lui faire apprécier avec exactitude les sentiments entre lesquels il doit se prononcer.

Il suit de ces principes, pour le développement desquels il suffit ici de renvoyer à nos observations sur la *Quest.* 3316, que, du moment de sa nomination, le tiers arbitre se trouve investi du droit de juger, sans qu'il puisse en être dépouillé par aucun fait provenant des autres arbitres; qu'ainsi le déport ou même le décès de ceux-ci, pas plus que leur refus, ne met obstacle à ce qu'il rende sa décision, après avoir pris connaissance des procès-verbaux respectifs. Il n'y a d'exception à cette règle que dans le cas où les procès-verbaux n'existeraient pas.

L'objection prise de l'art. 1012 n'est d'aucune importance, puisque cette disposition suppose évidemment que le décès, déport, etc., des arbitres ont lieu avant que leurs pouvoirs soient expirés. Aussi assimile-t-elle à ces cas celui du refus, qui, cependant, lorsque le tiers arbitre est nommé, ne met pas fin au compromis, comme l'atteste le 2e alinéa de l'art. 1018. Il doit en être de même du décès, ainsi que du déport.

C'est également l'avis de M. Dalloz, t. 1, p. 728, not. 1re. L'opinion contraire de M. Carré est partagée par MM. Mongalvy, p. 96, n° 115; Goubeau, t. 1, p. 327; de Vatimesnil, p. 628, nos 204 et 205; et Rodière, t. 3, p. 28. M. Bellot, t. 3, p. 146, tout en admettant que les arbitres restent juges après la nomination du tiers départiteur, se livre à quelques distinctions: a-t-il été procédé au remplacement de l'arbitre décédé ou démissionnaire? Le jugement de partage, selon cet auteur, ne devrait pas être considéré comme non avenu. Si le nouvel arbitre approuve explicitement ou implicitement par son silence l'opinion de son prédécesseur, le tiers désigné se trouve dans la même position que s'il n'y avait pas eu déport ou décès, etc. La décision que nous venons d'émettre nous dispense d'entrer dans l'examen de toutes ces difficultés.]]

3343. *Si les arbitres n'étaient pas autorisés à nommer un tiers arbitre, et que les parties ne fussent pas convenues d'en nommer elles-mêmes, suffirait-il de constater le partage, sans dresser procès-verbal des avis et des motifs de chacun?*

Ce procès-verbal serait inutile, disent avec raison les auteurs du *Praticien*,

t. 5, p.388, puisque, aux termes de l'art. 1012, le partage mettrait fin au compromis.

[[MM. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 730, et Thomine Desmazures, t. 2, p. 674, reproduisent la même opinion, qui nous paraît incontestable.]]

[[**3343** bis. *Les arbitres autorisés à choisir le tiers départiteur peuvent-ils, en cas de désaccord sur sa nomination, recourir à un autre moyen que celui qu'indique l'art.* 1017?

Suivant la Cour d'Aix, 2 août 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 142), la loi, prévoyant le cas où les arbitres ne conviendraient pas de la nomination du tiers départiteur, exige qu'ils confient alors ce choix au président du tribunal civil, et leur défend d'employer d'autres moyens pour y parvenir. Dans l'espèce jugée, les arbitres avaient eu recours à la voie du sort entre les deux personnes proposées, et le fait avait été constaté dans le procès-verbal des opérations. C'était substituer l'effet du hasard à celui d'une volonté intelligente. Nous pensons donc, avec M. de Vatimesnil, p. 627, n° 199, que la décision de la Cour d'Aix est bien rendue.

Mais faut-il conclure de là que, par le fait seul du désaccord des arbitres, ceux-ci sont dessaisis du droit que leur ont confié les parties, et que ce droit est dévolu à l'instant même au président du tribunal civil? Sur ce point, quelques observations nous paraissent nécessaires.

Lorsque l'art. 1017 désigne le président du tribunal pour nommer le tiers départiteur, faute par les arbitres de s'entendre sur ce choix, il entend moins, ce nous semble, fixer un ordre d'attributions qu'ouvrir la voie à une situation sans issue, celle qui résulte du désaccord de deux parties, ou de deux arbitres. Si donc ceux-ci s'accordent pour conférer le droit de nomination à un tiers, pourquoi cet acte serait-il critiqué? Nous avons cité, sur la *Quest.* 3341 *bis*. un arrêt de Caen qui autorise le tiers choisi à cet effet à se substituer une autre personne, à plus forte raison les arbitres eux-mêmes auront-ils cette faculté. Pourquoi, si les parties rencontraient un nom qui leur fût également agréable, ne pourraient-elles l'imposer à leurs arbitres divisés? Nous ne comprenons pas qu'il existe sur tous ces points de difficulté sérieuse. La loi n'a pas entendu, par de minutieuses et incessantes exigences, porter atteinte à l'exercice de la juridiction volontaire. Son but, au contraire, dans toutes ses dispositions, est de le faciliter et de le protéger.]]

3344. *Les arbitres autorisés à nommer un tiers arbitre peuvent-ils, sans l'autorisation formelle des parties, le faire concourir à leurs délibérations dès le principe et avant qu'il y ait partage?*

Nous ne le pensons pas, attendu que l'intervention d'un surarbitre n'est autorisée par la loi que dans le cas où les arbitres sont partagés; qu'ainsi, à moins d'une convention expresse des parties, un tiers arbitre est sans qualité et sans pouvoirs pour concourir dès le principe au jugement de leurs contestations.

La Cour de Rennes a statué de la sorte, par arrêt du 7 avril 1810 (*J. Av.*, t. 16, p. 488).

[[Tel est aussi l'avis de MM. Mongalvy, p. 97, n° 116, et de Vatimesnil, p. 631, n° 213, et nous le croyons bien fondé. La Cour d'Orléans, le 14 avril 1810 (*J. Av.*, t. 4, p. 565), a jugé, conformément à cette décision, que le tiers arbitre, quoique nommé en même temps que les autres, n'est astreint à donner sa décision que dans le mois à compter du jour où les procès-verbaux des arbitres lui ont été remis. Cet arrêt ne tranche pas directement la question pro-

posée, mais il se rattache au principe qui sert à la résoudre : l'incompétence du tiers arbitre à statuer en dehors du cas qui donne lieu à sa nomination.

Du reste il est évident que si le tiers arbitre consent, avec l'approbation des parties, à concourir aux opérations arbitrales antérieures à l'exercice de ses fonctions, cette participation à titre purement consultatif présente un double avantage : relativement aux arbitres nommés, elle peut leur fournir de nouvelles lumières, elle tend à concilier la divergence de leurs esprits. Relativement au tiers départiteur, elle lui fait mieux connaître l'affaire, et le met par conséquent plus à même, en cas de désaccord, de rendre une décision éclairée. Cette précision de M. Carré a été admise par un arrêt de Grenoble, 15 déc. 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 98), qui a été jusqu'à permettre au tiers départiteur de prendre, en ce cas, une part active aux opérations des arbitres. C'était pourtant agir en dehors des termes du compromis ; mais la Cour s'est décidée surtout par une fin de non-recevoir tirée de l'acquiescement des parties. La question revient donc à celle du n° 3349 *bis.*]]

3345. *Les arbitres, avant de déclarer partage, doivent-ils, comme les juges ordinaires, se réduire à deux opinions ?* [[*Peut-il y avoir plusieurs tiers arbitres ?*]]

Cette question peut se présenter lorsqu'il y a quatre arbitres ou davantage, et qu'ils ont tous un avis différent.

Dans ce cas, il semblerait que les arbitres devraient dès lors déclarer le partage , puisque , d'un côté, la loi ne les obl ge point à se conformer à l'art. 117, d'après lequel les juges doivent se réduire à deux opinions, lorsqu'il s'en élève un plus grand nombre, et que, d'un autre côté, si l'on s'en tenait littéralement au texte de l'art. 1018, on pourrait dire qu'il suffit que le tiers arbitre soit tenu de se conformer à l'avis d'un des arbitres divisés.

Mais nous ferons observer que l'art. 1009 veut que les arbitres suivent, dans la procédure, les formes établies pour les tribunaux, si les parties n'en sont autrement convenues ; or, l'art. 117 ne reconnaît de partage que lorsque ceux qui délibèrent sont divisés également entre deux opinions; c'est alors seulement que la loi permet, par l'art. 118, d'appeler un autre juge pour vider le partage.

Ces dispositions sont fondées sur une raison qui a, pour les arbitres, la même force que pour les tribunaux : c'est que tout jugement doit être le résultat de la majorité absolue des voix.

Or, si, de plusieurs opinions qui se sont manifestées, le tiers pouvait adopter l'une ou l'autre, son avis ne formerait pas une majorité; ce ne serait plus un jugement, suivant la juste observation de M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 44, et de M. LEPAGE, dans ses *Questions*, p. 644 (1).

[[M. MONGALVY, p. 94, n° 113, reproduit dans l'intérêt de la doctrine contraire, les arguments combattus ici par M. Carré. Mais nous croyons l'avis de ce dernier auteur suffisamment justifié par cette considération, que les sentences arbitrales, comme tous les jugements, doivent être rendues, non-seulement

---

(1) Nous conviendrons cependant que cette solution, que donne aussi M. BOUCHER, p. 529, n° 1062, peut souffrir quelques difficultés, tirées du texte de l'art. 1018.

L'on pourrait d'ailleurs maintenir, comme les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 391), que l'art. 1009 ne renvoie aux formes établies pour les tribunaux que pour la procédure qui se fait dans les arbitrages, tandis qu'il ne s'agit point d'un acte de procédure. Néanmoins nous tenons à l'opinion que nous venons d'énoncer.

[*V.* notre *Quest.* 3288.]

à la *pluralité*, comme le dit M. Mongalvy, mais encore à la *majorité absolue* des voix. Cette obligation est d'autant plus rigoureuse que les arbitres divisés ne peuvent, comme nous le verrons bientôt, modifier leur opinion dans la conférence avec le tiers départiteur. Nous ne savons pourtant s'il faut appliquer en ce cas la disposition de l'art. 117. D'abord, pour qu'il y ait analogie, il est nécessaire de supposer la présence de cinq arbitres, et deux opinions réunissant deux voix chacune. Mais si l'on suppose tout autre fractionnement qui ne permette pas à deux opinions de forcer les autres à se réunir à elles, l'art. 117 est inapplicable. Lors même qu'il en est autrement, suffit-il, pour soumettre les arbitres à sa disposition, pour les priver de l'indépendance de leur avis, des termes généraux de l'art. 1009? Peut-être est-il plus juste de décider dans cette occasion, comme dans toutes celles où l'obtention d'une majorité est impossible même avec le suffrage du tiers arbitre, que, la sentence ne pouvant être rendue, le compromis prend fin, sans que les parties aient d'ailleurs une action en dommages contre leurs juges; c'est en effet à leur propre imprévoyance qu'elles doivent ce résultat.

Il peut arriver encore que, prévoyant le fractionnement, les parties soient convenues de la nomination de plusieurs tiers arbitres : cette hypothèse est discutée par M. Bellot (sur l'art. 1019, *in fin.*), qui se demande si une telle stipulation est valable. Nous ne voyons pas pourquoi elle serait considérée comme illicite. Elle présente cet inconvénient que, si les tiers arbitres eux-mêmes sont en désaccord, le débat devient insoluble. C'est un motif pour les parties d'éviter cette convention, mais non pour le juge de l'annuler.]]

[[**3345** bis. *Lorsque les arbitres, nommés en nombre impair, se sont scindés en deux partis inégaux, y a-t-il lieu de déclarer partage, si la majorité se compose de juges représentant un intérêt commun ?*

La négative, adoptée par les Cours de cassation, 23 nov. 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 62), et de Toulouse, 9 août 1833, et 1er août 1834 (*J. Av.*, t. 46, p. 298, et t. 47, p. 504; Devill., *Collect. nouv.*, 7.1.568; 1834.2.272), est la conséquence de ce principe universellement admis que chaque arbitre a son suffrage, lors même que les intérêts qu'il représente se confondent avec ceux d'une autre partie; *V.* aussi Lyon, 21 mars 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 699; Devill., 1839.2.39). C'est que, du moment de sa nomination, l'arbitre devient juge et cesse d'être défenseur de celui des compromettants qui l'a nommé. Les parties qui suspecteraient son indépendence ou son impartialité sont libres de ne pas souscrire à un compromis qui livrerait leurs intérêts à une majorité prévenue, ou de stipuler que plusieurs voix, en cas d'accord, ne compteront que pour une.]]

[[**3345** ter. *Le partage peut-il être déclaré lorsqu'il n'a pas été ouvert deux avis contraires ?*

Plus spécialement : *Y a-t-il partage, si de deux arbitres, l'un donne son avis et l'autre refuse de l'émettre pour quelque cause que ce soit ?*

La négative, sur cette question, soutenue par MM. Mongalvy, p. 98, n° 118; Thomine Desmazures, t. 2, p. 675; Bellot, t. 3, p. 140; de Vatimesnil, p. 627, n° 202; Devilleneuve et Massé, v° *Arbitre* (*tiers*), n° 5, a été consacrée par les Cours de Poitiers, 13 mars 1818 (*J. Av.*, t. 4, p. 619; Devill., *Collect. nouv.*, 5.2.383), et de Toulouse, 5 mars 1830 (Tajan, t. 20, p. 286). Les raisons de décider en ce sens sont que, pour qu'il y ait lieu à partage, il doit exister deux sentiments contraires entre lesquels le tiers arbitre est tenu de choisir; qu'il n'y a ici, à vrai dire, qu'une seule opinion formulée, qu'ainsi la condition essentielle de la mission du tiers arbitre n'existe pas dans l'espèce.

Nous ferons cependant remarquer qu'il peut arriver que le tiers départiteur embrasse l'opinion déjà adoptée par un arbitre, ce qui conciliera à cette opinion la majorité requise de suffrages. En fait même, cette hypothèse se réalisera souvent, car, de deux arbitres représentant des intérêts distincts, chacun est naturellement porté pour la personne qui l'a choisi, et l'hésitation ou le refus de l'un des arbitres, quand l'autre présente et maintient son opinion, proviendra maintefois du peu de fondement de l'opinion contraire. Or, si l'on adopte la doctrine que nous venons d'exposer, il arrivera que les intérêts de la partie dont le tort est évident seront beaucoup mieux servis par l'abstention de son arbitre, que par une approbation motivée, qui entraînerait le jugement définitif du tiers départiteur, tandis que l'abstention, mettant fin au compromis, abandonnerait tous les droits aux incertitudes de l'avenir.

La division des arbitres, ainsi constatée, rend la majorité possible, condition nécessaire pour valider le partage, et la présence du tiers arbitre, comme nous l'avons dit sur la *Quest.* 3345. En réalité, il a été émis deux avis distincts. Un arbitre a jugé, l'autre s'est abstenu (1), parce que l'instruction ne lui a pas paru assez complète, ou pour tout autre motif; le tiers arbitre appelé devra donc choisir : s'il partage l'opinion du second, tout est remis en question; s'il considère son refus comme mal fondé, et dicté par la négligence ou la mauvaise foi, s'il se range à l'avis de l'autre arbitre, la majorité est encore acquise. Qu'y a-t-il là d'illégal et d'arbitraire, ou, pour mieux dire, qu'y a-t-il de plus simple à la fois et de plus conforme à l'équité? Objectera-t-on qu'il n'est pas permis dès lors au tiers arbitre d'adopter une opinion différente de celle du premier, puisque, s'il le faisait, il n'y aurait plus majorité de suffrages? Mais le même inconvénient, si c'en est un, se présente lorsque, deux sentiments divers étant émis, le tiers arbitre les trouve tous deux également contraires à sa propre opinion. Les fonctions du tiers arbitre consistent à mettre fin à un partage qui laisse tout dans l'incertitude; à suivre, non la voie qui lui paraît la meilleure, car alors il serait impossible de rien terminer, mais celui des deux avis ou, pour mieux dire, des deux jugements arbitraux, qui lui semble le mieux fondé, par rapport à l'autre. Or, dans l'hypothèse que nous discutons, toutes les conditions requises se trouvent réunies.

Cette doctrine a prévalu devant les Cours de Metz, 12 mars 1812 (*J. Av.*, t. 4, p. 641); Lyon, 28 déc. 1826 (CASON, t. 4, p. 143), et Cass., 23 mai 1837 (*J. Av.*, t. 52, p. 367; DEVILL., 1837.1.377).]]

[[**3345** quater. *La décision par laquelle les arbitres se déclarent en partage doit-elle être notifiée aux parties et rendue exécutoire, comme le serait la sentence arbitrale elle-même?*

La Cour d'Orléans, le 2 août 1817 (*J. Av.*, t. 16, p. 536), et la Cour de cassation, le 25 mai 1837 (*J. Av.*, t. 52, p. 367), ont pensé qu'un jugement déclaratif de partage et portant nomination du tiers arbitre, laisse en suspens les droits des parties, et ne peut dès lors donner lieu, à l'égard d'aucune d'elles, à des actes d'exécution. Ce principe nous paraît incontestable, et il faut en conclure que l'ordonnance *d'exequatur* est en ce cas parfaitement inutile, nonobstant l'avis contraire de M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 729 : mais en est-il de même de la notification du jugement aux parties? Il nous semble que c'est à tort que le même arrêt de cassation admet aussi l'affirmative sur ce point. Il est incontestable qu'une telle notification est nécessaire, lorsque les parties, en cas de dés-

(1) [Lors du jugement; car s'il s'est abstenu pendant l'instruction, il y a *déport* de sa part, ainsi que nous l'avons dit sous notre *Quest.* 3314 *bis.*]

accord des arbitres, se sont réservé le droit de nommer le tiers départiteur. Il n'existe donc de difficulté que dans l'hypothèse où les arbitres ont été investis de ce pouvoir. Mais alors les compromettants ne sont-ils pas intéressés à connaître celui qui, en définitive, doit être leur juge, pour le récuser, s'il y a lieu, ou critiquer sa nomination, ainsi que le procès-verbal des arbitres qui serait dépourvu des formalités légales? Ajoutons qu'en principe tout jugement doit être signifié aux parties sur les intérêts desquelles il est rendu. Tel est du reste le sentiment de MM. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 674, et BELLOT, t. 3, p. 156, qui admet cependant, p. 139, la doctrine de la Cour de cassation, relativement à l'inutilité de l'ordonnance *d'exequatur*.]]

[[**3345** quinquies. *Le partage a-t-il pour effet de remettre en question toute la sentence arbitrale, même les points sur lesquels les arbitres sont tombés d'accord?*

De ce que le tiers arbitre n'a d'autre mission que celle de mettre fin au *partage*, de ce que les opinions émises par les arbitres sont irrévocables, comme celles d'un jugement ordinaire, il résulte clairement, ce nous semble, que ce qui a été admis d'un commun accord ne peut plus être détruit; que le tiers départiteur n'a pas même à s'expliquer à cet égard. Telle est du reste l'opinion de MM. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, p. 275; DALLOZ, t. 1, p. 728, et BELLOT, t. 3, p. 145. La Cour de Colmar, 29 mai 1813 (*J. Av.*, t. 16, p. 513; DEVILL., *Collect. nouv.*, 4. 2. 320), a résolu la question dans le même sens (1), et la Cour de Paris, 27 janv. 1836 (*J. Av.*, t. 50, p. 355; DEVILL., 1835.2.155), en a tiré cette conséquence que les arbitres, bien que partagés sur quelques points, peuvent rendre leur sentence sur ceux à raison desquels ils se trouvent d'accord et la déposer au greffe, avant que le tiers départiteur ait prononcé sur les difficultés qui les divisent. Nous ne pensons pas néanmoins qu'il soit convenable d'en poursuivre l'exécution, si les questions encore en suspens sont connexes aux questions jugées. Du reste, rien n'indique, dans l'art. 1028, que les parties puissent en ce cas se pourvoir par voie d'opposition à l'ordonnance *d'exequatur*. Les principes généraux en matière de connexité semblent seuls permettre aux tribunaux d'ordonner, s'ils le croient nécessaire, un sursis aux poursuites. *Voy.* au surplus notre *Question* 3330.]]

[[**3345** sexies. *Quelles sont les personnes qui peuvent être choisies pour tiers arbitres?*

Evidemment, toutes celles qui auraient pu être nommées arbitres par les parties.

Il suit de là que les moyens et les formes de la récusation des arbitres, aussi bien que les prescriptions de la loi, relativement à leur nomination, à leur refus, etc., s'appliquent également au tiers départiteur.

Voy. en ce sens un arrêt de Cassation, du 16 brum. an VI (*J. Av.*, t. 4, p. 510; DEVILL., *Coll. nouv.*, 1.1.84); MM. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 674, et BELLOT, t. 3, p. 155.]]

---

(1) [L'opinion contraire semble résulter d'un arrêt de Cassation du 16 juin 1840 (*J. Av.*, t. 59, p. 506); mais dans l'espèce, le tiers arbitre avait, d'un consentement unanime, réglé tous les points en litige, bien que les arbitres fussent d'accord sur plusieurs.]

3346. *Les arbitres peuvent-ils, lors des conférences avec le tiers arbitre, abandonner leur premier avis pour en adopter un nouveau, conjointement avec lui?*

C'est demander si l'on doit appliquer aux arbitrages la solution donnée, relativement aux tribunaux, sur notre *Quest.* 496, t. 1, p. 585. Nous avions pensé (Voy. *Analyse*, n° 3052) que l'on doit se décider pour l'affirmative, puisque la loi exige que le tiers confère avec les arbitres divisés, ce qui serait absolument inutile, si ceux-ci ne pouvaient pas respectivement abandonner les opinions qu'ils auraient émises lors du partage, et rendre avec le tiers arbitre une décision fondée, soit sur l'une de ces opinions, soit sur une nouvelle.

Mais cette opinion ne semble pas généralement admise, et, par exemple, M. Merson combat l'opinion émise par M. Pardessus, dans son *Cours de droit commercial*, où il dit, t. 5, p. 106 et 107 : « Que dans le cas où tous les arbi- « tres se réunissent au tiers, ils rendent *tous* un seul jugement, à la *pluralité des* « *voix*, et que rien n'empêche que le jugement n'adopte ni l'une ni l'autre des « opinions qu'avaient émises les arbitres divisés, quand même il ne serait pas « rendu à l'unanimité ; mais, poursuit M. Pardessus, si les premiers arbitres ne « se rendent point à la sommation qui leur est faite de venir juger avec le tiers « arbitre, ou si quelques-uns s'y refusent, ce dernier prononce, et alors il est « tenu de se conformer à l'un des avis des arbitres divisés. Le jugement réside « dans l'une de ces opérations; et la fonction du tiers ne consiste qu'à dé- « clarer laquelle lui paraît préférable. »

M. Merson s'exprime ainsi sur ce passage : « Quelque grave que soit l'auto- « rité des opinions de M. Pardessus, nous oserons dire qu'ici le célèbre juris- « consulte est en contradiction ouverte avec le texte de la loi. (Art. 1018, Cod. « proc. civ.) Dans l'un et l'autre cas de cet article, il est évident que c'est le « tiers arbitre qui juge et prononce seul. Seulement, dans le premier, *il juge* « après avoir conféré avec les arbitres; dans le second, *il prononce* sans avoir « été en contact avec eux: mais, *dans ce dernier cas*, son jugement doit être « conforme à l'avis de l'un des arbitres absents, et pour juger si la décision ne « s'en écarte pas, il est indispensable d'avoir sous les yeux les divers avis des « arbitres divisés. »

M. Merson cite à l'appui de son opinion un arrêt de la Cour royale de Metz du 12 mai 1819 (*J. Av.*, t. 4, p. 641), qui, dit-il, porte en substance que le tiers arbitre, dans un arbitrage forcé, doit juger comme le tiers arbitre dans un arbitrage volontaire, et que le jugement doit être rendu par le tiers arbitre, en adoptant l'un des avis émis séparément par les arbitres, *et non par les arbitres et le tiers arbitre réunis, à la majorité des voix.*

Ainsi, dans ce système, nulle différence entre le cas où les arbitres ont conféré avec le tiers et celui où cette conférence n'eût pas eu lieu. Dans les deux hypothèses, le tiers arbitre juge seul, et doit se conformer à l'avis de l'un des arbitres divisés : la conférence n'a d'autre objet que de l'éclairer sur l'option qu'il est obligé de faire.

Telle est aussi l'opinion que M. Locré manifeste dans son *Esprit du Code de commerce* (art. 60); mais telle n'était pas celle que professait le savant Pigeau.

« En cas de partage, dit-il, t. 1, p. 28, les premiers arbitres sont sommés de « se réunir au tiers arbitre ; réunis, le tiers confère avec les arbitres divisés; « dans le cas où tous les arbitres se réunissent au tiers, ils rendent tous un seul « jugement, *à la pluralité des voix;* mais si les premiers arbitres ne se rendent « point à la sommation, le tiers qui est tenu de juger balance les opinions mo- « tivées que les premiers arbitres ont dû rédiger, et prononce seul; et néan- « moins, il est tenu de se conformer à l'un des avis des autres arbitres; car, le

« pouvoir de juges ayant été donné aux arbitres, le jugement réside dans l'une « de leurs opinions, et la fonction du tiers ne consiste qu'à démêler laquelle « de ces deux opinions est la plus conforme aux règles et renferme le jugement. »

Nous persistons dans cette opinion, que les arbitres et le tiers *réunis* rendent jugement à la pluralité ; soit que les deux arbitres divisés ne changent pas d'avis, et alors la pluralité se forme par la réunion de l'avis du tiers à celui de l'un deux, soit lorsque l'un des arbitres s'accorde avec le tiers pour prononcer une décision différente de celle que le premier arbitre avait eue d'abord. Nous nous fondons :

Premièrement, sur le motif énoncé dans notre *Analyse*, et que nous avons rappelé en commençant, savoir : que l'art. 1018 doit être interprété ainsi que s'exécute l'art. 118. (*Voy.* notre *Quest.* 496.)

Secondement, sur ce que les lois antérieures au Code concernant les arbitrages (*voy.* les décrets ou lois des 5 et 14 août 1795) avaient consacré ce principe. C'est le cas d'appliquer la règle *posteriores leges ad priores trahuntur.*

Troisièmement, sur ce que l'art. 1018 emploie ces expressions : « Le tiers arbitre ne pourra prononcer qu'après avoir *conféré* avec les arbitres divisés, qui seront sommés de se *réunir* à cet effet. » Or, une conférence d'arbitres tenus de se réunir suppose un *délibéré* entre tous et une décision commune ; autrement cette conférence serait surabondante ; car, à quoi bon les arbitres divisés se *réuniraient-ils* au tiers, s'ils ne pouvaient changer d'avis, d'après le nouvel examen que l'on fait du litige ?

Quatrièmement, sur ce que cette interprétation de l'article ressort évidemment des derniers termes de l'article relatif à l'absence des arbitres, *et néanmoins il sera tenu de se conformer à l'un des avis des autres arbitres*; expressions dont la loi se sert, comme le remarque M. Berriat Saint-Prix, p. 44, note 25, parce que l'on considère le tribunal comme formé de la réunion des arbitres, et *que l'on obtient la majorité des suffrages par son adhésion à l'un des avis;* autrement, il deviendrait arbitre unique, tandis que les parties doivent être jugées *par une pluralité;* mais cette disposition n'a plus de motifs, dans l'hypothèse où il y a réunion des arbitres divisés avec le tiers.

[[Il est certainement peu de questions plus controversées que celle-ci, et auxquelles il soit plus difficile de répondre, si l'on cherche uniquement les raisons de décider dans le texte de la loi. En effet, d'un côté l'art. 1018 porte que le tiers arbitre sera *tenu de juger* dans le mois, et qu'il ne pourra *prononcer* qu'après avoir conféré, etc.; enfin, ce qui est bien plus important, la disposition du projet de loi qui obligeait les arbitres à signer la sentence rendue par le tiers a disparu de la rédaction définitive. De tout cela on serait en droit d'induire que le tiers arbitre, en cas de partage, reste le seul juge des parties ; mais d'un autre côté le 2e alinéa du même article 1018 porte que le tiers arbitre *prononcera seul si les arbitres ne se réunissent pas*, ce qui, dans le cas où ils se réuniraient, paraît supposer une décision commune. Joignez à cette induction les autres raisons de texte données par M. Carré à l'appui de la même doctrine.

Dans ce conflit d'expressions équivoques ou impropres, c'est à l'intention du législateur qu'il faut remonter. On la trouve, selon nous, dans la disposition par laquelle il exige que les arbitres en désaccord rédigent et motivent des procès-verbaux séparés.

Si, comme le soutiennent avec M. Carré MM. Favard de Langlade, t. 1, p. 28; Mongalvy, p. 98, no 116; de Vatimesnil, p. 629, no 209; Bellot, t. 3, p. 156; Devilleneuve et Massé, vo *Arbitre* (*tiers*), no 50, et Rodière, t. 3, p. 27, les arbitres sont maîtres d'abandonner leur avis et d'en adopter un autre, si leur mission n'est pas épuisée, à quoi serviraient les procès-verbaux

si rigoureusement exigés par la loi? A éclairer, dira-t-on, le tiers départiteur, en l'absence des arbitres; mais si ces derniers défèrent à son invitation, s'ils entrent en conférence avec lui (ce qui n'est pas moins expressément prescrit), qu'est-ce que cette expression impuissante et muette d'une volonté que rien n'enchaîne? C'est ce qu'il nous est impossible de concevoir.

L'examen des principes les plus incontestables de la matière nous conduit à une tout autre solution :

Les arbitres ont été choisis par les parties pour terminer leurs différends. En formant le partage, ils se déclarent par cela seul impuissants à remplir leur mission; impuissants, non pas faute de preuves ni de certitude, mais par l'impossibilité de réunir la majorité des suffrages. Cette majorité, la nomination d'un tiers arbitre n'a d'autre objet que de la donner à l'une des deux opinions (1).

Il semble donc qu'à dater du partage, la décision soit rendue, les prétentions des parties appréciées; seulement, il manque la condition essentielle, et pour ainsi dire la vie de la sentence : c'est cette vie que la nomination du tiers arbitre doit lui assurer.

En peut-il être autrement? La loi l'a-t-elle voulu ainsi? Telles sont maintenenant les questions à résoudre.

Il ne peut en être autrement, en partant des principes admis par la loi : La déclaration de partage est un jugement; elle renferme, non pas, il est vrai, une seule, mais deux décisions contraires, inexécutables à la fois; mais elle contient en même temps, par la désignation du tiers arbitre, le moyen de faire disparaître cette impossibilité. Nous avons vu, sous la *Quest.* 3345 *quater*, que cette décision doit être notifiée aux parties; sous le nº 3341 *ter*, qu'après la déclaration de partage, les arbitres ne peuvent se passer du tiers départiteur, et rendre la sentence d'un commun accord : c'est qu'en effet ils ont jugé autant qu'il dépendait d'eux. Ce qui a induit en erreur quelques auteurs et quelques Cours, c'est qu'ils ont assimilé la déclaration à un partage ordinaire, qui laisse tous les droits en suspens et toutes les opinions en liberté. Ici, il existe des procès-verbaux qui renferment des décisions; or, quel est le juge qui peut revenir sur celles qu'il a ainsi proclamées, constatées, motivées?.... Quelle que soit sa conviction nouvelle, il est d'ordre public que sa juridiction est épuisée; que des retours scandaleux, des bouleversements inattendus lui sont interdits. Les arbitres sont soumis aux mêmes règles.

La loi l'a voulu ainsi. Le tiers arbitre prononcera seul, dit-elle, dans l'art. 1018, sur le vu des procès-verbaux, si les arbitres ne se réunissent pas. Est-ce à dire que, lorsque ceux-ci entrent en conférence avec lui, tout est à recommencer? Telle est l'induction que l'on tire de ses termes, mais qui nous semble erronée. Dans quel but est établie la conférence? « C'est, dit avec raison M. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 731, afin que le tiers arbitre soit *mieux instruit* par les explications verbales et détaillées qu'il ne pourrait l'être par le procès-verbal des raisons qui divisent les arbitres et des motifs de leurs avis séparés. » Il est évident que la loi n'a pas eu d'autre but : s'il en était autrement, elle ne laisserait pas tant de latitude aux arbitres pour refuser leur concours à cette réunion : elle renouvellerait la disposition relative à leur déport. M. Thomine Desmazures, t. 2, p. 676, qui admet que les arbitres peuvent changer d'avis,

(1) [La Cour de Paris a fait une autre application de ce principe en jugeant, le 26 août 1826 (*Spectateur*, nº 17), que lorsque les arbitres ont donné au tiers pouvoir de statuer en dernier ressort, il n'est pas besoin que, dans sa sentence, le tiers arbitre déclare qu'il juge de cette manière, et sa décision n'en est pas moins définitive. C'est ce qui a été également décidé par un arrêt rendu en juin 1843 par la Cour de Toulouse.]

enseigne qu'ils doivent également signer la sentence. La conséquence serait très juste; mais nous avons déjà rappelé que l'article du projet qui prescrivait cette signature, qui admettait par conséquent l'existence d'une décision collective et se conformait ainsi à la législation antérieure sur laquelle se fonde M. Carré, que cet article, disons-nous, a été supprimé. Toute la responsabilité pèse donc sur le tiers départiteur, qui statue seul, comme l'a décidé un arrêt de cassation du 26 mai 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 344), et qui, à plus forte raison, s'il a convoqué les arbitres pour entendre leurs motifs, n'est pas tenu de les appeler une seconde fois pour leur donner lecture de la sentence, comme l'a jugé la même Cour, le 11 fév. 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 19). Du reste, le principe des majorités ne souffre aucune atteinte, puisque le tiers départiteur est tenu de se conformer à l'une des deux opinions émises.

En préférant le présent système à celui de l'ancienne législation, la loi, nous le pensons, a été frappée des inconvénients que présentait ce dernier, et dont il nous suffira de signaler quelques-uns.

1° Il arrivera maintes fois qu'au moment où le tiers arbitre est en état de juger, le délai du compromis soit expiré et les arbitres sans pouvoir : quel droit auront-ils alors de participer à la sentence arbitrale? Deux arrêts, Cassation, 17 mai 1824 (*J. Av.*, t. 26, p. 187) et Lyon, 14 juill. 1828 (*J. P.*, 3e éd., t. 22, p. 66), décident, il est vrai, que le pouvoir des arbitres est prorogé par la nomination du tiers départiteur, pour tout le temps que durent les fonctions de ce dernier; mais c'est, pour éviter un inconvénient, tomber dans un autre. Car si l'on admet que les arbitres, après le partage, aient conservé leur juridiction, il leur sera donc permis d'en prolonger l'exercice pour tout le temps qu'il leur conviendra d'accorder au tiers? Mais, encore une fois, cette juridiction n'existe plus, et il ne dépend pas de ceux qui s'en sont dépouillés de la faire revivre.

2° Si les deux arbitres étaient maîtres de modifier leur avis, ils pourraient se rallier à l'un de ceux qu'ils ont consignés séparément dans leur procès-verbal, et quelle serait alors la position du tiers? Ils seraient même en droit de lui imposer une opinion toute nouvelle, et à quoi serviraient les procès-verbaux? La première conséquence est généralement repoussée, comme nous l'avons vu sous la *Quest.* 3341, et par les auteurs mêmes qui admettent que tout est à recommencer devant le tiers arbitre; la seconde ne répugne pas moins manifestement à la volonté de la loi.

Qu'il soit fâcheux, dans certaines circonstances, que le tiers arbitre ne puisse ramener les avis à une troisième décision plus équitable, nous n'en disconvenons pas; mais n'est-ce point la position de tous les juges qui se repentent de leurs actes? Quoi qu'il en soit, il nous paraît que notre doctrine est celle de la loi. Il faut dès lors s'y soumettre sans restriction. MM. Locré, sur l'art. 60 du Code de commerce, et Boitard, t. 3, p. 454, se sont rangés au même avis. Outre l'arrêt de Metz précité et celui de Paris, que nous avons rapporté sous le n° 3341 *ter*, un arrêt de Grenoble, 12 août 1829 (*Bibl. de Bordeaux*, t. 7, p. 426), juge encore formellement la question dans ce sens. La même Cour a cependant rendu, le 31 juill. 1830 (*J. Av.*, t. 41, p. 705), une décision contraire. La Cour de cassation, le 4 déc. 1839 (*J. Av.*, t. 58, p. 105), a jugé que le tiers arbitre satisfait à l'obligation de *conférer* avec les arbitres, quand il est certain que ces derniers se sont réunis à lui, et que, lecture faite de l'avis de chacun, ils ont déclaré s'y référer.

Nous avons toujours supposé jusqu'à présent que les arbitres avaient, conformément aux prescriptions de l'art. 1017, rédigé séparément leur avis et les motifs de leur désacord. Mais s'il n'existe pas de procès-verbaux, cesseront-ils d'être enchaînés? Cette question sera plus convenablement traitée sous le n° 3352.]]

[[**3346** bis. *Le tiers départiteur est-il rigoureusement tenu d'appeler en conférence les arbitres divisés? Dans quelle forme doit être faite la sommation?*

La conférence des arbitres avec le tiers chargé de les départager n'ayant d'autre objet, comme nous l'avons dit sur la question précédente, que de fournir à ce dernier de nouvelles lumières, de suppléer à l'insuffisance des procès-verbaux, il semble bien rigoureux d'annuler la sentence rendue sans que cette réunion ait eu lieu, surtout s'il existe des procès-verbaux motivés. Toutefois, l'art. 1028 admet formellement, dans ce cas, l'opposition à l'ordonnance d'*exequatur*. Peut-être le législateur a-t-il pensé que des procès-verbaux incomplets ou diffus n'éclaireraient pas suffisamment le tiers arbitre? peut-être aussi n'a-t-il pas assez mesuré la portée de l'innovation qui résulte de l'art. 1018? Quoi qu'il en soit, il est certain que le tiers arbitre doit appeler ceux entre les avis desquels il faut qu'il choisisse. Il doit les appeler régulièrement, c'est-à-dire par une sommation, et leur laisser le temps suffisant pour se joindre à lui, c'est-à-dire au moins le délai d'un jour *franc*, attendu qu'aux termes de l'art. 1033, le jour de la signification et celui de l'échéance ne sont jamais compris dans le délai ordinaire des ajournements. Besançon, 3 déc. 1807; Paris, 1er juillet 1812 (*J. Av.*, t. 16, p. 466 et 508); Cass., 4 avril 1838 (*J. Av.*, t. 56, p. 42; Devill., *Collect. nouv.*, 4.2.148; 1838, 1.669). Du reste, la sentence rendue par le tiers départiteur faisant foi de ce qu'elle contient, aussi bien que celle des arbitres, il n'est pas nécessaire, pour que le fait de la sommation soit certain, qu'il soit constaté par les arbitres eux-mêmes; il suffit que le jugement fasse mention, ou que les arbitres ont délibéré, ou qu'ils ne sont pas venus après avoir été inutilement sommés. Les Cours de Montpellier, 27 nov. 1811 (*J. Av.*, t. 16, p. 503), et de Cass., 23 mai 1837 (*J. Av.*, t. 52, p. 367; Devill., 1837, 1.377), se sont conformées, en le décidant ainsi, aux véritables principes.

Ce qui est réellement indispensable, comme nous l'avons dit en commençant, c'est l'appel des arbitres. Il doit avoir lieu lors même que le compromis porterait dispense des formes judiciaires; car cette clause n'empêche pas la nullité, dans les cas énumérés par l'art. 1028, et dont l'observation est toujours de droit (*Quest.* 3354); Marseille, 1re instance (*Gaz. des Tribunaux*, n° du 5 avril 1827); Florence, 13 janv. 1810 (*J. Av.*, t. 16, p. 482). Il faut, d'ailleurs, entendre raisonnablement la disposition de cet article. La Cour de cassation, le 7 floréal an V (*J. Av.*, t. 4, p. 507; Devill., *Collect. nouv.*, 1.1.73), l'a interprétée de mnaière à annuler la sentence d'un tiers arbitre, qui, ignorant la langue dans laquelle la déclaration de partage avait été rendue, se l'était fait traduire par un interprète, avec les raisons de décider dans les deux sens. Il faut remarquer que cet arrêt a été rendu sous l'empire des lois du 10 juin 1793 et du 28 therm. an III, qui permettaient aux arbitres de revenir, en présence du tiers départiteur sur leur opinion écrite, et rendaient par conséquent une conférence entre eux bien plus nécessaire. Nous croyons qu'aujourd'hui cette décision ne serait pas soutenable, surtout si l'on admet que les étrangers peuvent servir d'arbitres et rédiger le jugement en leur langue; voy. *Quest.* 3260 et Cass. 1er mars 1830 (*J. Av.*, t. 38, p. 304).

La sommation de venir à conférence est exigée par l'art. 1018, et cet acte a pour objet de constater que les arbitres divisés ont été mis en demeure de présenter leurs raisons au tiers arbitre : il ne peut donc être remplacé indifféremment par tout autre fait extrajudiciaire. La Cour de Nîmes, le 20 mars 1839 (*J. Av.*, t. 57, p. 505), a jugé, il est vrai, que le vœu de la loi était rempli, dans une espèce où il était certifié par la sentence que la conférence avait eu lieu, et où cette déclaration n'était d'ailleurs nullement contestée. Le con-

cours de deux circonstances aussi positives rendait cet arrêt inattaquable. Mais, en thèse générale, on voit combien il est prudent de se conformer à la prescription de l'art. 1018, et de faire une sommation dont le défaut pourrait entraîner l'annulation de la sentence arbitrale.]]

[[**3346 ter.** *Les parties peuvent-elles dispenser le tiers arbitre de toute conférence orale avec les arbitres divisés?*

Malgré la rigueur des principes exposés sur la question précédente, l'affirmative sur celle-ci ne nous paraît pas douteuse. Les parties, en formant une telle convention, ne renoncent pas au droit de défense, puisque, dans les procès-verbaux qui lui sont soumis, le tiers arbitre trouvera toujours les raisons de décider. C'est l'avis de MM. Mongalvy, p. 99, n° 119; de Vatimesnil, p. 631, n° 212, et Bellot, t. 3, p. 182. C'est ce qu'ont également décidé les Cours de Paris, 10 août 1809 (*J. Av.*, t. 4, p. 554), et de cassation, 31 déc. 1816 (*J. P.*, 3e éd., t. 13, p. 765; Devill., *Collect. nouv.*, 5.1.267).]]

3347. *Le tiers arbitre est-il tenu d'adopter dans son intégrité l'opinion de l'un des arbitres, où les deux arbitres divisés persistent chacun dans son opinion, ou lorsqu'ils refusent de se réunir avec lui?*

En d'autres termes : *Est-il loisible au tiers arbitre de prendre de chaque opinion ce qui lui semble devoir former le fondement de sa décision?*

Nous fondons l'affirmative de cette question sur la grande règle d'interprétation consacrée par le droit romain, *etsi verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult.* (*Voy.* notre introduction, tit. IV des règles générales d'interprétation.) (1)

Or, il n'est pas permis de penser qu'il ait été dans l'esprit du législateur d'obliger le tiers arbitre à opter pour l'une des opinions des arbitres divisés prises *en masse*, malgré les erreurs ou les injustices qu'il jugerait qu'elle renfermât en quelques-unes de ses parties.

Le Tribunat demandait, dit M. Locré, comment s'exécuterait la règle qui prescrit au tiers arbitre de se conformer à l'avis de l'un des deux premiers arbitres? Faudrait-il que cette conformité s'établît sur le résultat pris en masse, ou bien le tiers arbitre pourrait-il adopter l'avis d'un des premiers arbitres sur un point seulement, puis adopter l'avis de l'autre sur un autre point, de manière que sa décision, étant toujours conforme dans les détails, à l'opinion soit de l'un, soit de l'autre, il arrivât cependant que, dans la récapitulation générale, elle différât de toutes deux?...

Le Tribunat pensait que ce dernier système seulement devait prévaloir, surtout dans l'arbitrage légal ou *forcé*, où il s'agit de prononcer sur des opérations et des comptes dont chaque article forme un objet à part : il est raisonnable de dire alors qu'autant il y a d'objets, autant il y a de jugements; et si l'article qui contient ces décisions est unique, les décisions n'en sont pas moins par elles-mêmes essentiellement multipliées et distinctes; autrement, le tiers arbitre se trouverait forcé de sanctionner des erreurs de calcul.

Cette opinion, ajoute M. Locré, est tellement certaine qu'on n'a pas cru devoir l'exprimer dans le Code.

Mais peut-être pourrait-on élever quelques doutes, sous prétexte que la Cour

---

(1) Ajoutez celles-ci, sur laquelle s'appuie M. Merson, p. 95 : *Nec oportet jus civile calumniari, neque verba captari, sed quâ mente quid diceretur animadvertere.* (Loi 19, ff. *ad exhib.*)

de cassation, par arrêt du 13 janv. 1824 (*Voy.* S., 24.1.166, et *J. Av.*, t. 26, p. 9), a refusé de considérer les jugements comme *divisibles*.

Il est vrai que cet arrêt décide que la maxime *tot capita tot sententiæ*, n'est pas applicable à la faculté d'appeler incidemment, donnée à l'intimé par l'article 444. Mais on remarquera que cette décision ne rejette point la doctrine de la divisibilité; seulement, et contre l'opinion que nous avons émise sur la *Quest.* 1574, la Cour en a rejeté l'application dans un cas particulier, et en se fondant sur la généralité des termes de l'art. 443; mais dans l'espèce de la question que nous examinons ici, il n'y aurait aucun motif raisonnable pour contester cette application.

[[La solution de M. Carré n'est nullement contraire au principe que nous avons émis sur la *Quest.* 3346. Elle implique même la reconnaissance d'un jugement dans l'avis rédigé par les arbitres, mais d'un jugement susceptible d'être approuvé sur quelques points, et rejeté sur d'autres. Or, pourvu qu'à l'égard de ceux-ci, le tiers départiteur se conforme au second avis, qui est aussi un jugement, il semble que le vœu de la loi est rempli, et qu'ainsi disparaissent d'ailleurs les principaux inconvénients du système que, sous la même *Quest.* 3346, nous avons considéré comme celui de la loi, relativement à l'expiration des fonctions des arbitres, et à la nature de celles du tiers départiteur.

Aussi, bien qu'il soit constant, en principe, que le tiers doit se conformer à l'un des avis exprimés, qu'il y soit même tenu à peine de nullité, comme l'a jugé avec raison la Cour de Paris, le 2 déc. 1829 (*J. P.*, 3e éd., t. 22, p. 1572), nous n'en admettons pas moins avec la même Cour, 5 déc. 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 292), qu'il lui est permis d'adopter, sur chacun des chefs de la décision, l'avis, soit de l'un, soit de l'autre de ceux qu'il est appelé à départager. Cet avis est encore sanctionné par les arrêts de Toulouse, 6 août 1827 (*J. Av.*, t. 35, p. 310); de Cass., 11 fév. 1834 (*J. Av.*, t. 28, p. 19), et 17 nov. 1830 (DEVILL., 1831.1. 146; DALLOZ, 31.1.330), et adopté par MM. MONGALVY, p. 100, n° 120; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 676; DALLOZ, t. 1, p. 736; DE VATIMESNIL, p. 631, n° 216; BELLOT, t. 3, p. 182, et RODIÈRE, t. 3, p. 28.

Toutefois il faut remarquer que cette solution suppose le concours de deux faits : plusieurs chefs distincts dans le jugement de partage; adoption pure et simple de l'une des décisions exprimées. Lorsque ces conditions ne sont pas réunies, le tiers arbitre sort des limites de ses attributions, il commet un excès de pouvoir.

Si donc un seul chef de réclamation ou de plainte a été soumis aux arbitres et jugé par eux, mais qu'il y ait lieu à partage, il ne serait pas permis au tiers appelé de scinder ce qu'ils auraient réuni, ni de prendre un terme moyen. MM. THOMINE DESMAZURES, *loco citato*, et BELLOT, t. 3, p. 184, enseignent la même opinion, et dans une consultation manuscrite, M. Carré appelé à se prononcer sur la validité d'un jugement par lequel le tiers arbitre accordait 80 francs de dommages-intérêts, dans une espèce où l'un des arbitres proposait d'en allouer 440, et l'autre de les refuser tout à fait, avait pensé qu'une telle sentence était nulle, comme n'offrant point le résultat d'une majorité de suffrages. Deux arrêts en sens contraire, de Bordeaux, 25 janv. 1831 (*J. Av.*, t. 43, p. 582), et de Lyon, 14 juill. 1828 (*J. P.*, 3e éd., t. 22, p. 66), sont fondés sur le principe, rejeté par nous, que la conférence des arbitres autorise une modification respective de leurs idées.

La raison de notre décision est facile à comprendre. Si la loi appelle un tiers pour départager les arbitres, c'est que leur décision, comme nous l'avons déjà dit ailleurs, manque d'un caractère essentiel, la sanction de la majorité. Le tiers départiteur n'est point supérieur à ceux qui ont jugé avant lui; il ne jouit même pas d'une indépendance aussi absolue, il n'est que l'appoint de la majorité, le suffrage qui manque pour donner force à la sentence. Si donc le tiers adopte

un avis qui n'est pas l'un des avis exprimés, il n'y a plus deux opinions, mais trois; la majorité est plus incertaine encore qu'auparavant.

Ce n'est pas que la doctrine que nous avons admise au commencement de cette discussion n'implique, en certains cas, une décision définitive qui n'est exactement ni l'une ni l'autre des opinions proposées. Ainsi, dans un règlement de comptes, le tiers adopte les évaluations, tantôt du premier, tantôt du second des arbitres; le reliquat différera presque toujours des deux autres, puisqu'il doit, non pas se rapporter à eux, mais se calculer d'après les chiffres définitivement établis, comme l'a jugé avec raison la Cour de cassation, le 1er août 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 5). La conformité résulte dans ce cas de ce que nulle des évaluations partielles, dont l'ensemble forme le reliquat, n'est prise en dehors des avis exprimés.

En admettant en principe l'obligation imposée au tiers arbitre de se soumettre à ce qui a été jugé avant lui, on peut se demander encore si cette soumission est absolue et sans réserve? S'il lui est interdit d'apporter quelque modification que ce soit à la décision à laquelle il s'est rattaché?

Les auteurs et la jurisprudence ne paraissent pas complétement fixés sur ce point, que les circonstances particulières de chaque affaire peuvent, il est vrai, présenter sous des faces différentes. M. MONGALVY, p. 103, n° 121, admet une *légère différence* entre les motifs énoncés dans l'avis du tiers arbitre, et ceux qui sont relatés dans les procès-verbaux. La Cour de Paris, 19 nov. 1817 (*J. Av.*, t. 4, p. 627; DEVILL., *Collect. nouv.*, 5.2.331), a jugé que le tiers arbitre n'est pas obligé de s'astreindre judaïquement au texte de l'avis, qu'il adopte, pourvu qu'il en reproduise la substance, et cette observation est approuvée par MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 44, not. 25, et DE VATIMESNIL, p. 631, n° 214. La Cour de cassation, le 28 janv. 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 144; DEVILL., 1835. 1.533), a été plus loin, en décidant que le tiers peut rectifier les erreurs de calcul échappées dans l'opinion qu'il adopte. La plupart de ces décisions nous paraissent bien fondées, et nous ne voyons pas notamment pourquoi le tiers arbitre, en se rangeant à une opinion, ne pourrait expliquer que c'est par des motifs différents qu'il exprimerait, car cette divergence ne change rien au dispositif, ni à l'exécution de la sentence; mais l'arrêt de Cassation nous semble dépasser la limite des pouvoirs attribués au tiers arbitre; s'il est permis à ce dernier de rectifier une erreur de calcul, pourquoi pas une erreur de fait? Si une erreur de fait, pourquoi pas l'avis qui en est le résultat? D'ailleurs, en accusant les premiers arbitres de s'être trompés, le tiers départiteur ne peut-il pas se tromper lui-même? Il faut donc se montrer très circonspect à cet égard: toutefois, s'il ne s'agissait que d'une erreur matérielle, visible, reconnue par les arbitres dans la conférence générale, annuler la sentence qui la réparerait en la signalant serait évidemment une rigueur injuste, *summum jus.*]]

[[**3347** bis. *La nullité résultant de ce que le tiers départiteur s'est rangé à un avis différent de celui des arbitres peut-elle être invoquée de toutes parties?*

La Cour de Paris, le 5 déc. 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 292), a jugé que c'est là une nullité relative qui ne peut être invoquée par la partie que favorise la décision du tiers arbitre. La Cour de cassation, les 11 fév. 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 19), et le 29 mars 1827 (*J. P.*, 3e éd., t. 21, p. 306; DEVILL., *Collect. nouv.*, 7.1.395; 8.1.559), s'était déjà prononcée dans le même sens. La raison donnée par ces arrêts, c'est que la partie est sans intérêt pour se plaindre. Il faut cependant considérer les espèces dans lesquelles la question peut se présenter; ce n'est guère que dans le cas où le tiers, déclarant se ranger à l'opinion la plus avantageuse à l'un des colitigants, admet en même temps quelques-unes des

restrictions ou des rigueurs qui se rencontrent dans le second procès-verbal, où il prend une sorte de terme moyen entre les deux avis exprimés. On ne voit pas dès lors pourquoi la nullité qui résulte de ce fait ne pourrait pas être invoquée par l'une aussi bien que par l'autre partie. Toutes deux n'ont-elles pas le même droit à réclamer l'observation scrupuleuse de la décision des arbitres, admise par le tiers départiteur? On objecte que celui-ci était maître de porter un plus grand préjudice au réclamant, en se rangeant à l'opinion la plus défavorable à ses intérêts. C'est dire que le tiers arbitre juge d'après son caprice, et non d'après une conviction arrêtée. La doctrine que nous exposons ici, et qui d'ailleurs n'est consacrée que subsidiairement par les arrêts précités, n'est donc pas à l'abri de la controverse. La nature, l'importance des modifications apportées par le tiers arbitre à l'une et à l'autre opinion, déterminent mieux l'intérêt du réclamant qu'une théorie absolue sur ce point.]]

3348. *Le tiers arbitre doit-il nécessairement entendre* SIMULTANÉMENT *les arbitres divisés ?*
Autrement : *Suffit-il, pour la validité de sa décision, qu'il les ait entendus tous deux, quoique* SÉPARÉMENT?

Un arrêt de la Cour de Paris, du 15 nov. 1814 (S. 15.2.107; *J. Av.*, t. 4, p. 606), décide que le tiers arbitre n'est pas tenu de conférer avec les arbitres réunis, et qu'il suffit qu'il ait entendu chacun d'eux séparément.

Mais on sent que cette décision ne pourrait être suivie, si l'on admet l'opinion que nous venons de soutenir [[sous la *Quest.* 3347]]. En effet, si le tiers arbitre doit concourir avec les arbitres divisés, à l'effet de rendre jugement conjointement avec eux dans le cas où ils viennent tous, ou seulement l'un d'entre eux, à ne pas persister dans un premier avis, il s'ensuit nécessairement qu'ils doivent être réunis pour *délibérer en commun et à la pluralité.*

[[Il est inutile de répéter ici que, suivant nous, les arbitres divisés n'ont pas à modifier leur décision. Une réunion générale n'est donc utile que parce qu'il peut, de ce concours, résulter des lumières et des éclaircissements plus profitables; mais cet avantage est-il tel que sa privation entraîne la nullité de la sentence arbitrale? C'est ce que nous ne pensons pas; du reste, la Cour de Paris n'a pas été aussi loin que paraît l'admettre M. Carré. Le tiers arbitre déclarait, dans l'espèce, qu'il avait entendu les arbitres divisés, et c'était, suivant la Cour, énoncer suffisamment qu'il avait conféré avec eux.

On peut consulter M. SOUQUET, *Dict. des temps légaux,* v° *Arbitre*, au 31e tabl., 5e col., n° 119, qui cite les arrêts des Cours de Montpellier, 31 mai 1824 (*J. P.*, t. 18, p. 755); Cass., 4 avril 1838 (*J. P.*, 1840, p. 321); Bourges, 15 juill. 1817; Metz, 12 mai 1819; Cass., 21 juin 1831 (DEVILL., 1831.1.290; 1838.1.690; *Collect. nouv.*, 5.2.304; 6.2.68); Cass., 17 nov. 1836 (*J. P.*, 3e édit., t. 1er de 1837, p. 19).]]

3349. *Le tiers arbitre doit-il* NÉCESSAIREMENT *prononcer dans le mois de son acceptation?*

Le délai donné au tiers arbitre, dit M. PIGEAU, t. 1, p. 27, est aussi fatal que celui fixé par le compromis; cependant la Cour de Rouen, par arrêt du 21 déc. 1808 (Voy. *Jurisp. sur la proc.*, t. 3, p. 138; DENEVERS, 1809, *suppl.*, p. 28, *J. Av.*, t. 4, p. 513), a considéré la disposition de l'art. 1018 comme purement comminatoire, et en conséquence a décidé que si le tiers arbitre n'est pas révoqué, il peut juger après le mois. Nous croyons que les termes impératifs de l'art. 1018 doivent porter à suivre l'opinion de M. Pigeau.

[[C'est aussi l'opinion de MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 44, not. 5; FAVARD

de Langlade, t. 1, p. 209 ; Mongalvy, p. 103, n° 122; Thomine Desmazures, t. 2, p. 675, et Bellot, t. 3, p. 150.

La Cour de Nîmes, le 30 janv. 1812 (*J. Av.*, t. 4, p. 583 ; Devill., *Collect. nouv.*, 4.2.27), a jugé également que le tiers arbitre doit rendre sa décision dans le mois de son acceptation, à peine de nullité de la sentence, et la même doctrine résulte d'un arrêt de Paris, 19 janv. 1825 (*J. P.*, 3e éd., t. 19, p. 76; Devill., *Coll. nouv.*, 8.2.11). M. de Vatimesnil, p. 632, n° 219, adopte au contraire avec quelques précisions l'opinion de la Cour de Rouen. Suivant cet auteur, il faut distinguer entre le cas où le tiers arbitre qui a laissé passer un mois depuis son acceptation sans rendre la sentence arbitrale, se trouverait encore dans le délai du compromis, et celui où il ne s'y trouverait plus. Dans la première hypothèse, la sentence est valable, puisque l'art. 1018 n'en prononce pas expressément la nullité : dans la seconde elle est nulle, comme rendue, aux termes de l'art. 1028, *sur compromis expiré.*

Cette distinction ne nous paraît pas conforme aux véritables principes : la mission des arbitres est épuisée, lorsqu'ils ont rendu le jugement de partage : dès lors le compromis prend fin *en ce qui les concerne*, et un second compromis commence, dont la loi fixe la durée à un mois ; si, dans cet intervalle, le tiers arbitre ne rend pas sa décision, il se trouve plus tard aussi incompétent pour juger que les arbitres le seraient eux-mêmes après l'expiration du délai de trois mois. La sentence est donc censée rendue sur compromis expiré, et par conséquent nulle, aux termes de l'art. 1028.

On objecte ces expressions de l'art. 1012 : « Le compromis finit par le partage, si les arbitres n'ont pas le pouvoir de choisir un tiers arbitre » d'où l'on conclut que, lorsqu'ils ont ce pouvoir, le compromis ne prend pas fin : cela est exact; mais pour que l'induction qu'on en tire le fût aussi, il faudrait que le nouveau délai accordé au départiteur se confondît avec celui que donne aux arbitres l'art. 1007. Mais il n'en est pas ainsi : c'est un nouveau délai que crée la loi, indépendamment de ce qui peut rester de celui de trois mois (1) : c'est un mois que dure la juridiction du tiers arbitre, que l'excédant du premier soit moindre ou plus considérable que ce terme. Lors donc que l'art. 1012 dit que le compromis ne prend pas fin par le partage, il entend parler, non du délai accordé aux arbitres, mais de l'objet de leurs fonctions. (*Voy.* l'opinion conforme de M. Souquet, *Dict. des temps légaux*, v° *Arbitrage*, 31e tabl., 5e col., n° 121.)

Le délai d'un mois, comme celui de l'art. 1007, peut être prorogé par les parties ou par les juges, dans les cas où il y a lieu à nomination d'office. (Nous ne voyons pas pourquoi il leur serait interdit de l'abréger, lorsque l'affaire est de peu d'importance, ou qu'il y a péril en la demeure. M. Bellot, qui soutient l'opinion contraire, t. 3, p. 153, se fonde uniquement sur une interprétation littérale de l'art. 1018, interprétation qui ne résiste pas au plus simple examen.]]

[[**3349** bis. *La comparution volontaire des parties devant le tiers départiteur couvre-t-elle la nullité résultant de ce qu'il aurait rendu sa sentence après l'expiration du délai déterminé par l'art.* 1018?

Oui, d'après les principes développés, en ce qui concerne l'expiration du pouvoir des arbitres, sur la *Quest.* 3284 *bis.* C'est également ce qu'ont jugé les Cours de cassation, le 17 janvier 1826 (*J. Av.*, t. 32, p. 61), et de Nîmes, 20 mars 1839 (*J. Av.*, t. 57, p. 505; Devill., *Collect. nouv.*, 8.1.261 ; 1839, 2.250).]]

(1) [Cependant la Cour de Riom, 8 juin 1809 (*J. Av.*, t. 7, p. 61), a paru admettre que les deux délais se confondent.]

[[**3349** ter. *Le tiers arbitre pourrait-il ordonner une enquête, un rapport d'experts; en un mot, faire ou recommencer l'instruction?*

M. BELLOT, t. 3, p. 191, admet implicitement l'affirmative de cette question, et il en discute les conséquences. Son opinion est susceptible d'assez nombreuses objections, tirées soit des termes de la loi, soit des principes que nous avons émis plus haut sur la nature des fonctions du tiers arbitre. Ce dernier, nous l'avons déjà dit plusieurs fois, ne fait qu'imprimer à la sentence rendue la force qui lui manque encore. Il n'a à se prononcer qu'entre deux avis; il ne peut même en soulever un troisième. Dès lors on peut se demander à quoi servirait l'instruction ordonnée sur de nouvelles bases, sinon à multiplier inutilement les frais? Sans doute, dans les bornes où elle est restreinte, la conviction du tiers arbitre n'en doit pas moins être entière; aussi, deux éléments lui sont-ils fournis : des procès-verbaux motivés; une conférence avec les arbitres : cela doit lui suffire. C'est pour ce motif que l'art. 1018 ne lui accorde qu'un mois au lieu de trois pour rendre son jugement.

Ces objections ne peuvent prévaloir contre des considérations d'un ordre plus élevé : la loi ne détermine pas restrictivement les actes d'instruction qu'elle permet au tiers arbitre. Sans doute ce dernier est astreint à choisir entre les avis qui ont été ouverts; mais il faut qu'il choisisse en connaissance de cause, et les moyens de former sa conviction ne peuvent lui être refusés. Or, comment décidera-t-il, si, par exemple, les deux avis reposent sur des faits présentés d'une manière contradictoire, ou si l'un des arbitres refuse d'émettre une opinion formelle, conformément à ce que nous avons dit sous la *Quest.* 3343 *ter?* Pourquoi refuser alors au tiers départiteur le droit d'ordonner la comparution des parties, une enquête, ou tout autre acte du même genre? Il doit sans doute en user avec sobriété et prudence, considérer surtout le peu de temps qui lui est dévolu; mais nous ne croyons pas que l'on puisse aller plus loin, et lui interdire l'exercice même de cette faculté.]]

[[**3349** quater. *Le jugement rendu par le tiers départiteur doit-il contenir toutes les formalités requises pour le jugement des arbitres?*

La sentence du tiers s'identifie, en quelque sorte, avec l'opinion qu'elle consacre; il est donc inutile d'y insérer des motifs déjà exprimés dans le procès-verbal de partage. La Cour de Rouen, le 16 nov. 1828 (*J.Av.*, t. 39, p. 66), l'a décidé ainsi avec raison.

Il faut de même distinguer, parmi les divers éléments constitutifs d'une décision judiciaire, ceux qui peuvent entrer dans la sentence arbitrale de ceux qui ne doivent trouver place que dans le jugement rendu par le tiers départiteur. Pour cela, il importe d'apprécier exactement la nature de ces deux actes.

Le procès-verbal des arbitres contient le principe de la décision plutôt que la décision elle-même. Les juges sont compétents, leur procédure régulière, leur pouvoir incontestable : il n'y manque qu'une majorité de suffrages. L'option du tiers arbitre, en créant cette majorité, donne au jugement sa forme constitutive.

Ainsi, sa signature est évidemment indispensable, comme l'a jugé la Cour de Paris, 17 févr. 1808 (*J.Av.* t. 16, p. 466; DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.2.349); mais apposée au bas de l'opinion contenant les conclusions des parties, l'exposé du fait et du droit, etc., elle dispense le tiers de rappeler ces divers points : c'est ce que l'on peut induire d'un arrêt de Lyon, 14 juill. 1828 (*J. P.*, 3e éd., t. 22, p. 66).]]

3350. *Dans le cas où le tiers arbitre est, comme les arbitres, du choix des parties, et a été nommé comme eux par l'acte de compromission, faut-il néanmoins appliquer l'art.* 1017 ?

La Cour de Rennes a résolu cette question pour la négative, par arrêt du 13 déc. 1809 (*J. Av.*, t. 16, p. 481). Ainsi elle a jugé que l'on ne pouvait arguer de nullité, sous prétexte du défaut de rédaction d'un avis distinct et motivé, un procès-verbal souscrit par les *arbitres* et par le *tiers*, lequel constatait que celui des arbitres qui refusait de signer le *jugement* avait été présent aux conférences, notamment à celles de la séance dans laquelle ce jugement avait été arrêté et lui avait été lu.

[[Les Cours de cassation, 18 mai 1814 (*J. Av.*, t. 16, p. 516), et de Nîmes, 20 mars 1839 (*J. Av.*, t. 57, p. 505; Devill., *Collect. nouv.*, 4.2.564; 1839, 2.250), ont également décidé, et dans des termes bien plus généraux encore, celle-ci, que la rédaction distincte et motivée n'est pas absolument nécessaire; la première, que la discordance des opinions n'a pas même besoin d'être constatée au procès-verbal, lorsque le tiers arbitre a été, comme les arbitres eux-mêmes, choisi par les parties dans l'acte du compromis.

M. Bellot, t. 3, p. 149, présente quelques doutes sur l'exactitude de cette doctrine. Il se demande quelle est l'influence d'un tel fait sur l'accomplissement des formes prescrites par les art. 1017 et 1018.

Rien n'est plus facile que de justifier les précédentes décisions. Toutes étaient rendues dans des espèces particulières, et où la position du tiers départiteur se trouvait complétement changée.

Ainsi, nous lisons, dans l'arrêt de cassation de 1814, qu'en fait « il était convenu par le compromis qu'en cas de discordance, N.... était nommé pour tiers et unique expert, à l'effet de fixer définitivement, *librement* et *d'après son opinion personnelle*, sans être tenu de se réunir à l'un ou à l'autre des avis exprimés, le prix de l'immeuble vendu. » Dans l'espèce de la Cour de Nîmes, il y avait plus encore: le tiers arbitre avait procédé, conjointement avec les autres, à toutes les opérations de l'instance. C'était moins un tiers départiteur que les parties s'étaient donné qu'un troisième juge semblable en tout aux autres, dans le but, non de terminer, mais de prévenir le partage.

Par conséquent, dispense de suivre les formes des art. 1017 et 1018, lorsque les conventions des parties ont changé la nature des fonctions du tiers arbitre; qu'elles ont attribué à celui qu'elles investissent de cette qualité un pouvoir plus étendu.

Mais lorsque c'est vraiment un tiers départiteur qui a été nommé, dans le sens que la loi attache à ce mot, et qu'il n'a été dérogé en rien aux règles exposées plus haut, il importe peu, évidemment, que le tiers ait été choisi par les arbitres ou par les parties elles-mêmes dans l'acte du compromis. La question de M. Carré ne nous paraît donc pas bien posée. Notre auteur aurait dû se demander si les parties sont en droit, par leur convention, de déroger aux formes de l'art. 1017, ce qui est incontestable. (*Voy.* en ce sens M. de Vatimesnil, p. 631, n° 212.)]]

3351. *Le procès-verbal qui constate la présence d'un arbitre aux conférences, peut-il être contredit par un acte extrajudiciaire donné par cet arbitre longtemps après le dépôt du jugement ?*

Par l'arrêt rapporté sous la question précédente, la Cour de Rennes a décidé négativement; elle a considéré que c'était à cet arbitre à contredire dans

une forme légale, en rédigeant et en déposant, à l'époque même du jugement, un procès-verbal contraire.

[[Cette solution nous paraît incontestable, à raison de la foi due aux jugements et même aux jugements arbitraux. (Voy. *Quest.* 3337.)]]

3352. ***Le jugement du tiers arbitre peut-il être annulé, sous prétexte du défaut de rédaction du procès-verbal exigé par l'art.* 1017?**

Cette question, ainsi posée par M. Sirey, 1811, p. 134, a été décidée pour la négative, par arrêt de la Cour de cassation, du 5 déc. 1810 (*J. Av.*, t. 4, p. 571. En effet, l'art. 1017 ne se rapporte qu'à la déclaration du partage entre les arbitres, et, dans l'espèce de notre question, il ne s'agissait plus de déclarer le partage; il était déjà connu et légalement déclaré; le tiers arbitre était déjà appelé pour le vider, et, à cet effet, il était nécessaire de procéder conformément à l'art. 1018. L'obligation imposée au tiers arbitre par cet article est de *conférer avec les arbitres.* Que ceux-ci exposent verbalement ou par écrit les motifs qui avaient déterminé leur opinion, n'importe ; la loi ne prescrit rien à cet égard au tiers arbitre; il suffit qu'il prononce ensuite, ou seul, ou conjointement *avec l'un des premiers arbitres.*

Telles étaient les réflexions que faisait sur la question M. l'avocat général Daniels. (*Voy.* Denevers, 1811, p. 134.) La Cour a suivi ses conclusions en rendant l'arrêt ainsi conçu :

« Attendu qu'il ne s'agissait plus de savoir comment les arbitres divisés d'o-
« pinions seraient tenus de rédiger leur avis distinct et séparé, et motivé *pour*
« *déclarer le partage;* que, par conséquent, les art. 1017 et 1028, n° 3 du
« Code, n'étaient pas applicables à l'espèce; que la question étant déjà soumise
« à la décision du surarbitre, c'était le cas d'appliquer les dispositions de
« l'art. 1018, ainsi que le n° 4 de l'art. 1028. »

Nous remarquerons ici que M. Denevers pose ainsi la question qu'il fait résulter de cet arrêt : *Le tiers arbitre peut-il juger* sans le concours *d'un des arbitres divisés d'opinions, qui n'a pas rédigé son avis distinct et motivé, si d'ailleurs il adopte celui de l'autre arbitre?* (Résolu affirmativement.)

Ainsi, suivant cet arrêtiste, la Cour aurait décidé qu'il suffit qu'un des arbitres n'ait pas rédigé son avis distinct et séparé, pour que le tiers soit autorisé à juger sans le concours de cet arbitre, si d'ailleurs il adopte l'avis de l'autre. Ce n'est pas là ce qu'a décidé l'arrêt de la Cour de cassation, ainsi qu'on peut s'en convaincre par les considérants que nous venons de rapporter; elle n'a véritablement résolu que la question posée ci-dessus, d'après M. Sirey.

Mais comment la question posée par M. Denevers devrait-elle être résolue?

Il faudrait distinguer : le tiers arbitre serait sans doute autorisé à juger sans le concours d'un des arbitres, s'il avait été appelé à conférer avec lui, et qu'il ne se fût pas présenté, ainsi qu'il était arrivé dans l'espèce de l'arrêt que nous venons de rapporter, si l'on en croit M. Denevers, dans l'exposé des faits, p. 153; au contraire, si l'arbitre n'avait pas été sommé d'assister à la conférence, nous ne croirions pas que le tiers fût autorisé à prononcer seul ou avec le concours d'un seul arbitre, par l'unique motif que l'autre arbitre n'aurait pas rédigé son avis distinct et séparé : aucune disposition de la loi ne lui donne ce pouvoir.

La loi au contraire le lui refuse, puisqu'il ne peut statuer seul, en cas d'absence de deux arbitres divisés, qu'après avoir examiné et balancé deux opinions opposées; ce qu'il ne pourrait faire dans l'hypothèse que nous supposons; d'un autre côté, il ne pourrait juger conjointement avec celui des deux arbitres qui se serait présenté à la conférence, car le tribunal ne serait pas complet. Cette

hypothèse mettrait une fin au compromis, sauf l'action en dommages-intérêts des parties contre l'arbitre dont la faute y donnerait lieu.

[[Les considérants de l'arrêt de Cassation, cités par M. Carré, prouvent que la Cour suprême n'avait pas à juger *in terminis* la question que se pose ici cet auteur (1). Dans l'espèce, il ne s'agissait plus de procéder à un partage depuis longtemps déclaré. L'unique question était celle de savoir si les arbitres, dans leur conférence avec le tiers départiteur, sont tenus de donner leur opinion par écrit. Or, la négative sur ce point est d'autant plus certaine, que l'art. 1017 exige, lors du partage, la rédaction motivée d'avis différents. Cette rédaction est-elle prescrite à peine de nullité? C'est ce qu'il nous reste à examiner.

Au premier abord, il faut le dire, l'affirmative semble incontestable :

1° L'art. 1017 dit que les arbitres *sont tenus de rédiger....* Voilà une obligation formelle et qui implique nullité en cas d'inaccomplissement.

2° L'art. 1028, § 4, dispose que la sentence arbitrale rendue par le tiers sans conférence avec les arbitres, est entachée de nullité. Si tel est l'effet de l'absence d'une formalité qui n'a d'autre but que de mieux faire apprécier au tiers arbitre le contenu des procès-verbaux, à combien plus forte raison l'absence des procès-verbaux eux-mêmes doit-elle entraîner cette annulation!

3° Enfin, ce qui donne au tiers départiteur le droit d'exercer ses fonctions, c'est le dissentiment des arbitres : or, ce dissentiment doit être constaté légalement, c'est-à-dire par la rédaction séparée des opinions divergentes. sans quoi il serait impossible de savoir s'il s'est réellement formé deux ou plusieurs avis, si ces avis sont tellement divers qu'il y ait lieu de procéder au partage, si, enfin, le tiers départiteur n'en a pas adopté un troisième qui diffère des deux premiers.

En conséquence, les Cours de Rennes, 11 déc. 1810, et d'Orléans, 13 juin 1817 (*J. Av.*, t. 16, p. 500), ont déclaré nulle la sentence arbitrale rendue en l'absence de procès-verbaux énonçant l'opinion des arbitres.

Toutefois la doctrine contraire, qui est celle de MM. Mongalvy, p. 93, n° 111 ; Goubeau, t. 2, p. 307 ; Thomine Desmazures, t. 2, p. 674, et de Vatimesnil, p. 628, n° 206, paraît avoir généralement prévalu devant les tribunaux.

Une première raison de ce fait se trouve dans l'opinion déjà combattue par nous, qui, après la déclaration de partage, considère la mission des arbitres comme encore en vigueur, leurs opinions comme susceptibles de se modifier par la discussion avec le tiers départiteur, opinion qui, par conséquent, laisse tout dans l'incertitude, jusqu'à ce que cette conférence ait eu lieu. On conçoit que, dans ce système, la discussion devant le tiers arbitre soit tout, puisqu'elle fait le jugement, et la rédaction des procès-verbaux rien, réduite qu'elle est à constater des opinions en quelque sorte provisoires. Du peu d'utilité de ces procès-verbaux, quelques arrêts ont naturellement conclu à la validité des opérations que le tiers arbitre a faites, sans s'occuper de leur existence. *Voy.* Bordeaux, 9 mars 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 125), et Grenoble, 1er juin 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 698; Devill., 1833.2.212).

Un arrêt de Rennes, 11 juill. 1812 (*J. Av.*, t. 16, p. 509), fondé sur les mêmes principes, a été jusqu'à décider qu'il est fort indifférent que l'opinion des arbitres soit rédigée avant ou après leur conférence avec le tiers départiteur, qu'il est même plus convenable de ne le rédiger qu'après, et sous l'influence des impressions que leur a laissées la discussion commune.

---

(1) [Il ne la traite pas lui-même dans toute son étendue, puisqu'il se borne à discuter le cas où l'un des arbitres refuserait de rédiger son avis. Nous la considérons ici sous un point de vue plus général.]

Il est inutile de répéter ici, pour combattre ces raisonnements, les principes développés sous la *Quest.* 3346, et de montrer combien ces principes exigent impérieusement que la rédaction des procès-verbaux, dont la conférence n'est que le développement, précède l'entrée en fonctions du tiers départiteur.

De l'arrêt de Cassation cité par M. Carré, on a encore induit que la nullité, en supposant qu'elle existe, est le fait des arbitres, non du tiers départiteur, que par conséquent ce dernier ne peut en être responsable, et qu'il n'y a pas lieu d'annuler pour ce fait la sentence qu'il a rendue.

Mais si la rédaction des procès-verbaux est exigée à peine de nullité, si elle forme un des éléments substantiels de la sentence arbitrale, sinon la sentence elle-même, il est clair que les actes du tiers arbitre, dépouillés de cet élément, ne doivent être d'aucune efficacité. La question n'est donc pas résolue.

La troisième raison est plus grave; c'est celle sur laquelle se fondent la plupart des arrêts : nous indiquerons les conséquences qu'on doit en déduire. Voici cette objection :

L'art. 1028 frappe de nullité la sentence rendue sans que les arbitres aient conféré avec le tiers; il ne prononce pas la même peine, à raison de l'absence des procès-verbaux; quelle est la raison de cette différence qu'il est impossible d'attribuer à un oubli?

Nous n'en voyons pas d'autre que la nécessité de ne pas abandonner le sort de la sentence arbitrale au caprice d'un arbitre négligent ou de mauvaise foi.

Deux avis contraires sont émis : mais l'un des juges refuse de dresser procès-verbal du sien; cela suffira-t-il pour arrêter le cours de l'instance?

L'affirmative nous paraît certaine, nonobstant un arrêt de Nîmes, 20 mars 1839 (*J. Av.*, t. 57, p. 505; Devill., 1839.2.250), lorsque il est impossible de connaître l'opinion des arbitres, parce qu'alors il n'y a plus, à proprement parler, *partage;* il n'y a qu'une seule opinion émise; le tiers départiteur n'a plus d'option.

On objecte que la conférence l'éclairera sur ce point; mais l'arbitre qui a refusé de rédiger procès-verbal peut également refuser de se rendre à la conférence, l'art. 1028 prévoit même formellement ce cas. D'ailleurs il n'a le droit de s'y rendre que pour soutenir une opinion déjà émise et constatée.

Voilà donc une décision qui nous paraît incontestable :

Les arbitres divisés, ou l'un d'eux, refusent-ils non-seulement de rédiger et de motiver leur décision, mais encore de la constater, d'en laisser une trace quelconque; il faut appliquer les principes que nous avons émis sur la *Question* 3329, pour le cas où la moitié des arbitres refuse de signer le jugement; le compromis prend fin, sauf tel recours que de droit.

Mais leur opinion, sans être consignée dans un procès-verbal, conformément aux prescriptions de l'art. 1017, résulte-t-elle de certains actes ou d'avis particuliers, par exemple de conclusions motivées, comme le dit M. Bellot, t. 3, p. 138; est-elle mise en cet état sous les yeux du tiers arbitre; alors celui-ci rendra valablement la sentence arbitrale, conformément à l'une ou à l'autre des deux décisions, qu'il y ait eu conférence générale ou partielle, ou même qu'il n'y en ait eu aucune, sur le refus des arbitres, bien que ce dernier point soit contesté par M. Dalloz, t. 1, p. 733, note.

C'est aussi ce qu'ont jugé les Cours de Turin, 11 janv. 1806 (*J. Av.*, t. 16, p. 464; Devill., *Collect. nouv.*, 2.2.106); Toulouse, 11 janv. 1833 (*J. Av.*, t. 41, p. 700); Agen, 10 juill. 1833 (*J. Av.*, t. 47, p. 467), et Cassation, 30 déc. 1834 (*J. Av.*, t. 50, p. 44; Devill., 1835.1.194).

Du reste, en le décidant ainsi, nous ne sommes pas en contradiction avec les principes en vertu desquels nous avons présenté le procès-verbal de partage comme une véritable sentence, ce qui semble nécessiter sa rédaction. C'est effectivement une sentence, mais incomplète, et qui ne produit d'effet que du

moment où le tiers arbitre l'a prononcée. C'est lui qui lui donne la forme de jugement, dont l'ordonnance d'*exequatur* lui communique ensuite la force.

L'obligation pour chaque arbitre de rédiger un avis distinct et motivé, cède encore à plus forte raison, lorsque les parties leur ont donné pouvoir de statuer comme amiables compositeurs, et les ont dispensés des règles et formes judiciaires. La Cour d'Agen, le 20 janv. 1832 (*J. P.*, 3e éd., t. 24, p. 604), s'est décidée en ce sens. Mais la dispense de rédiger un procès-verbal n'emporte pas celle de donner son avis, et nous venons d'en exprimer les raisons.

Remarquons, en terminant, que, dans quelque hypothèse qu'on se place, rien n'est plus sage et en même temps plus conforme aux véritables principes de la matière que de s'en tenir aux dispositions de l'art. 1017.]]

[[**3352** bis. *L'annulation de la sentence rendue par le tiers arbitre entraîne-t-elle celle de tous les actes antérieurs, de telle sorte qu'il soit nécessaire de passer un nouveau compromis?*

Il est certain, d'une part, que le procès-verbal de partage n'est pas le jugement proprement dit, mais que c'est de sa réunion et du suffrage du tiers arbitre que se forme la sentence arbitrale. C'est donc avec raison que la Cour de Montpellier, 31 mai 1824 (*J. Av.*, t. 26, p. 295), a jugé qu'il fallait dans ce cas procéder à un nouvel arbitrage.

M. Bellot, t. 3, p. 187, présente à ce sujet deux réflexions judicieuses que nous reproduisons ici : la première, c'est que le déport ou décès du tiers arbitre ne produirait pas le même effet que l'annulation du jugement, puisque ce fait ne porte aucune atteinte aux actes antérieurs de l'instance. La seconde, c'est que la nullité de la sentence, lorsque le tiers arbitre n'avait à statuer que sur quelques points, laisse intacts tous ceux sur lesquels les arbitres étaient tombés d'accord.]]

3353. *Les art.* 1017 *et* 1018 *doivent-ils recevoir leur application en matière d'arbitrage légal ou forcé?*

Un arrêt de la Cour de Paris, du 8 avril 1809 (S., 12.2,355 ; *J. Av.*, t. 4, p. 552), a décidé que l'art. 1017 n'était pas applicable à ces arbitrages, attendu que les règles en sont tracées au Code de commerce ; qu'ainsi, la nomination d'un tiers arbitre ne serait pas nulle, s'il n'avait pas été dressé procès-verbal du dissentiment des arbitres.

Par un autre arrêt du 22 mai 1813 (*J. Av.*, t. 4, p. 594), la même Cour a jugé « que l'art. 60, Cod. comm., en prescrivant la nomination d'un surarbitre, en cas de partage des arbitres nommés, n'ayant prescrit par aucune disposition, ni aux arbitres divisés l'obligation d'établir leurs avis par écrit, ni au surarbitres celle d'adopter l'un des deux avis, il s'ensuit qu'en cas de partage, les arbitres divisés doivent se réunir au surarbitre *pour procéder, délibérer et décider en commun, à la majorité.*

Nous n'entendons point critiquer ces deux décisions quant à leurs résultats, puisque nous avons nous-mêmes admis, en matière d'arbitrage volontaire, uniquement régi par le Code de procédure, 1° que le défaut de rédaction du procès-verbal n'emportait pas nullité de la décision du tiers arbitre, s'il avait conféré avec les arbitres premiers nommés (*Voy.* ci-dessus *Quest.* 3352) ; 2° que le tiers arbitre devait se réunir à ceux-ci pour conférer en commun et décider à la majorité. (*Voy.* n° 3346.)

Mais nous rejetons les *motifs* d'après lesquels elles ont été rendues, et nous disons, avec M. Merson, p. 89, « que si l'art. 60, Cod. comm., ne prescrit pas « textuellement l'observation des règles contenues aux art. 1017 et 1018, il est

« aussi vrai de dire qu'il n'en autorise pas l'omission, et que la seule modifica-
« tion qu'il y apporte, c'est que les arbitres forcés peuvent nommer d'office le « surarbitre, s'il n'est nommé par l'acte de leur institution, tandis que, d'après « l'art. 1017, les arbitres ne peuvent nommer le tiers arbitre que lorsqu'ils en « ont le pouvoir exprès par le compromis : là s'arrête la dérogation. » Aussi, dit M. Locré, le Tribunat avait proposé de réunir à l'art. 60, Cod. commerce, les art. 1017 et 1018, Cod. proc. civ.; « mais, ajoute-t-il, cette addition était « inutile, puisque le Code de commerce se réfère à toutes les dispositions du « Code de procédure civile auxquelles il ne déroge point; » ainsi, les articles dont il s'agit *reçoivent ici leur application.*

Cette opinion, qui est aussi celle de M. Pardessus, nous semble aujourd'hui à l'abri de toute controverse, d'après l'arrêt de la Cour de cassation, cité à la *Quest.* 3308, qui a fait l'application de l'art. 1012 aux arbitrages forcés, et consacré comme principe général la nécessité de recourir aux règles du Code de procédure dans tous les cas où le Code de commerce n'y aurait pas expressément dérogé.

[[La doctrine et la jurisprudence paraissent aujourd'hui fixées dans ce sens.]]

ART. 1019. Les arbitres et tiers arbitre décideront d'après les règles du droit, à moins que le compromis ne leur donne pouvoir de prononcer (1) comme amiables compositeurs.

[Notre Dict. gén. de proc., v° *Arbitrage*, n°s 207, 209, 247, 248, 273 à 276. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n° 792. — Locré, t. 23, p. 426, n° 9, et p. 440, n° 12.

QUESTIONS TRAITÉES : Suffit-il que le compromis donne purement et simplement aux arbitres le pouvoir de prononcer comme *amiables compositeurs*, pour qu'ils soient non-seulement dispensés de décider d'après les règles du droit, mais encore de suivre les délais et les formes établis pour les tribunaux? *Quid* des formes mêmes de l'arbitrage? *Q.* 3354. — Lorsque, dans un acte de société, il a été convenu que les différends à naître seraient soumis à des arbitres, qualifiés amiables compositeurs, cette clause produirait-elle son effet, lorsqu'au lieu d'être nommés par les parties, les arbitres sont désignés par le tribunal lui-même? En d'autres termes : Est-il des cas où les tribunaux puissent nommer des arbitres, en qualité d'*amiables compositeurs*? *Q.* 3354 *bis.* — Les tribunaux civils sont ils compétents pour connaître de l'exécution d'une sentence arbitrale rendue par d'amiables compositeurs? *Q.* 3354 *ter* (2).]

DCX. Comme les arbitres représentent les juges dont ils remplissent les fonctions sur les différends qui leur sont soumis par le compromis, ils sont obligés de baser leurs décisions sur les règles du droit, qui doivent être le prototype de toutes les décisions judiciaires. Mais les arbitres nommés *amiables compositeurs* n'y sont pas astreints; il suffit qu'ils prononcent selon leurs lumières et leur conscience, et sur ce qui leur paraît le plus équitable, abstraction faite des dispositions trop rigoureuses de la loi.

Les anciennes ordonnances, la loi du 24 août 1790, étaient muettes sur ce

(1) *Voy.* le commentaire de l'art. 1009.

(2) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° Lorsque des arbitres ont été nommés amiables compositeurs, avec clause qu'ils ne prendront pour base de leur décision que *les écritures non suspectes de chacune des parties*, sans aucune désignation spéciale, leur décision sur ce choix est à l'abri de la cassation. (Cassat., 20 juill. 1814, t. 7, p. 53);

2° Lorsque le compromis donne aux arbitres pouvoir de statuer amiablement et sur le tout par un seul et même jugement, ils peuvent, en décidant définitivement certains chefs de contestation, renvoyer à des experts pour le surplus. (Cassat., 11 fév. 1806, *J. Av.*, t. 16, p. 465; DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.1.214.)]

point important, invariablement fixé désormais par l'article qui précède, et sur lequel les jurisconsultes n'avaient pas tous la même doctrine.

Les uns (1) avaient établi en principe que les arbitres étant choisis autant pour accommoder que pour juger les affaires, ils n'étaient pas tenus de prononcer avec la sévérité et l'exactitude prescrites aux juges ordinaires, parce que, disaient-ils, les parties, en nommant des arbitres, annoncent assez qu'elles veulent se relâcher de ce qu'elles auraient pu espérer en justice, et faire remise, pour le bien de la paix, d'une partie de leurs intérêts.

D'autres (2) avaient pensé, au contraire, que les *arbitres devaient donner leur sentence juste et équitable suivant la rigueur du droit et* l'ordre *judiciaire.*

D'autres, enfin (3), avaient distingué entre les arbitres et les amiables compositeurs, voulant que les premiers fussent tenus de garder *dans leur instruction et jugement les formalités de justice et de décider précisément des lois,* mais que les derniers pussent *accommoder les parties sans aucune formalité, et suivre dans leurs décisions l'équité plutôt que les règles du droit.*

C'est, comme on le voit, cette distinction qu'établit l'art. 1019, dans lequel les arbitres trouvent un guide unique et sûr qui ne leur permet pas de s'écarter de la voie qui leur aurait été indiquée par les parties intéressées. Ils sauront donc qu'il est de leur devoir d'appliquer strictement la loi si les parties ne leur ont pas demandé de prendre pour base de leurs décisions des considérations particulières, en leur donnant le pouvoir de prononcer comme *amiables compositeurs.*

Ils peuvent, dans ce cas, mais dans ce cas seulement, tempérer, comme nous l'avons dit, la sévérité de la loi, écouter l'équité naturelle que l'orateur romain appelle *laxamentum legis* (4), et prononcer, comme dit un ancien philosophe (5), *non prout lex, sed prout humanitas aut misericordia impellit regere.*

Le législateur n'a vu aucun inconvénient à donner cette latitude à d'amiables compositeurs, parce qu'une composition amiable emporte nécessairement l'idée de remises, de sacrifices respectifs, dont l'heureux résultat est le rétablissement de la paix et de la tranquillité entre des personnes dont le vœu principal est d'en recouvrer la jouissance inestimable (6).

---

(1) DOMAT, *Droit public*, liv. 2, sect. 1; REBUFFE, *de arbit.*; *glossa* 3, nº 8.

(2) DESPEISSES, *De l'Ordre judiciaire*, tit. 2, sect. 1re.

(3) FERRIÈRES, *Dictionnaire de droit*, au mot *Compromis.*

(4) *Oratio pro Cluentio.*

(5) SÉNÈQUE, *de benefic.*, *lib.* 3, *cap.* 7.

(6) En exposant les motifs de l'art. 1019, M. Mallarmé, dans son rapport du projet de loi, prévenait les objections possibles contre cette doctrine, et s'exprimait ainsi :

« Dira-t-on qu'il est à craindre de voir naître quelques abus dans l'exercice d'un si grand pouvoir? Mais cette crainte sera bientôt dissipée, si l'on considère que l'on ne pourra plus à l'avenir, comme on l'a pu dans ces derniers temps, se soumettre à l'arbitrage *dans tous les temps et en toutes matières sans exceptions;* que cette voie est interdite dans toutes les causes sujettes à communication au ministère public; qu'enfin les jugements rendus par des arbitres ne peuvent faire autorité, ni être opposés à des tiers.

« D'ailleurs, il est permis, sans doute, de présumer assez de ceux que l'estime et la confiance appelleront aux fonctions d'amiables compositeurs, pour ne pas appréhender que, suivant les expressions de d'Aguesseau, ils se mettent en révolte contre la règle et osent combattre la justice, sous le voile spécieux de l'équité. Ils sauront, comme le dit encore ce grand magistrat, que l'équité ne peut jamais être contraire à la loi même, et qu'elle consiste à en accomplir parfaitement le vœu (*) ».

(*) De l'Autorité du magistrat.

3354. *Suffit-il que le compromis donne purement et simplement aux arbitres le pouvoir de prononcer comme* AMIABLES COMPOSITEURS, *pour qu'ils soient non-seulement dispensés de décider d'après les règles du droit, mais encore de suivre les délais et les formes établis pour les tribunaux?* [[*Quid des formes mêmes de l'arbitrage?*]]

Du moment que le compromis porte que les arbitres prononceront comme *amiables compositeurs*, nous pensons qu'ils sont dispensés de suivre les règles de droit, sans qu'il soit besoin que cette dispense soit expressément énoncée dans le compromis; le texte de l'art. 1019 nous paraît avoir dicté lui-même cette décision par ces expressions : *à moins que le compromis ne leur donne pouvoir de prononcer comme amiables compositeurs.* Ils peuvent donc, en ce cas, décider, comme ils le trouvent juste, d'après la seule impulsion de leur conscience.

Mais cette même déclaration d'instituer des *amiables compositeurs* n'opérerait, dit M. BOUCHER, p. 259 et 353, que la dispense de suivre les règles de droit, et non pas celle de suivre la forme ordinaire de la procédure, de même que, réciproquement, la dispense de suivre les règles de la procédure n'opère pas celle de prononcer d'après les règles de droit.

Si, en effet, le législateur avait entendu que la dispense de suivre les règles de droit emportât celle des formalités de la procédure, le Code ne contiendrait point la disposition particulière de l'art. 1019; on se fût borné à l'ajouter à celle de l'art. 1009 : c'est donc aux arbitres, lorsque la loi leur donne la qualité d'amiables compositeurs, à user de la faculté qui leur est donnée par l'art. 1009. Cette opinion paraît avoir pour elle le texte de la loi; mais nous croyons qu'elle est contraire à son esprit; car il serait bizarre que des arbitres, dispensés d'appliquer la rigueur du droit à la décision, restassent assujettis aux formes de la procédure.

[[Comme on le voit, l'opinion de M. Carré ne paraît pas bien fixée, en ce qui concerne l'étendue du pouvoir des amiables compositeurs. La doctrine et la jusrisprudence sont loin d'avoir mis fin à cette incertitude.

D'une part, les Cours de Besançon, 16 fév. 1811; Colmar, 29 mai 1813; Orléans, 14 mars 1822 (*J. Av.*, t. 16, p. 505, 513 et 541; DEVILL., *Collect. nouv.*, 4.2.320), ont jugé que la dispense des règles de droit emportait, à plus forte raison, celle des formes de procédure : MM. DALLOZ, t. 1, p. 746, note 1, et BELLOT, t. 2, p. 160, se rallient à cette doctrine, et la Cour de Bordeaux, le 28 nov. 1835 (*J. P.*, 3e éd., t. 27, p. 738; DEVILL., 1835, 2.170), en a fait l'application, en décidant que les amiables compositeurs peuvent entendre eux-mêmes les témoins dont ils ont ordonné l'audition et se dispenser de motiver leur sentence.

D'un autre côté, la Cour de Limoges, 17 fév. 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 53; DEVILL., *Collect. nouv.*, 7.2.175), s'est prononcée pour l'opinion de M. Boucher, dont elle a reproduit les motifs dans sa décision, et M. DE VATIMESNIL, p. 633, n° 223, se range au même avis.

Quant à nous, la comparaison des art. 1009 et 1019 ne nous laisse aucun doute sur l'excessive rigueur et même sur l'inexactitude de ce dernier système. « Les arbitres, dit l'art. 1009, suivront les délais et les formes établis pour les tribunaux, *si les parties n'en sont autrement convenues.* »

Ainsi, immédiatement après la règle, une exception. Les amiables compositeurs, à raison de leur qualité, rentrent-ils dans les termes de cette dernière? Telle est la question à résoudre.

Or, il faut remarquer que l'exemption que leur accorde l'art. 1019 est conçue dans les termes les plus généraux. Les *règles du droit*, cela comprend tout, la procédure aussi bien que la législation civile.

Nous ne concevrions pas que des arbitres qui ont le droit de décider le procès contre toutes les règles ordinaires, ne pussent abréger un délai ou supprimer une formalité qui leur paraîtrait inutile.

Tout en cela est subordonné à une dispense : or, quelle dispense plus large que la qualité d'amiable compositeur ?

Cette doctrine, qui nous semble incontestable, en thèse générale, présente cependant des difficultés de détail que nous ne devons pas négliger ici d'examiner. Il est des règles de procédure qui sont d'ordre public; par exemple, la nécessité pour des juges de ne point décider entre les parties sans les avoir mises à même de présenter leurs moyens de défense. Il est, en outre, des formalités propres à l'arbitrage, constitutives en quelque sorte de cette juridiction, comme la nomination d'un tiers départiteur, en cas de partage, l'ordonnance d'*exequatur*, sans laquelle la sentence arbitrale ne produirait point d'effet.

Serait-il permis aux amiables compositeurs de juger, sans avoir exigé que les parties leur présentassent leurs pièces et moyens ? de ne pas recourir, en cas de partage, à un tiers départiteur? d'affranchir celui à qui ils donnent gain de cause, de la nécessité de recourir à une ordonnance d'*exequatur ?*

Cette grave et délicate question n'a pas été examinée peut-être avec tout le soin qu'elle mérite.

M. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 712, se contente d'enseigner que les amiables compositeurs ne peuvent rien ordonner de contraire à l'ordre public. Mais ces expressions sont beaucoup trop vagues. L'obligation de motiver les jugements est d'ordre public : est-ce à dire que des arbitres qui sont dispensés de suivre les règles du droit, ne peuvent donner purement et simplement leur avis sans en déduire les raisons?

L'arrêt précité de Bordeaux admet justement qu'ils sont libres à cet égard; *voy.* un arrêt conforme de Paris, 17 juin 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 177; Devill., 1836.2.417).

L'obligation d'entendre les parties dans leurs moyens de défense est d'une tout autre nature : c'est une de ces règles d'équité naturelle, auxquelles les amiables compositeurs sont avant tout tenus de se conformer.

Remarquons d'ailleurs que cette obligation est sanctionnée par l'art. 1016, qui astreint les arbitres à juger sur les pièces produites, ce qui nous conduit naturellement à l'examen de cette question : les arbitres dispensés de se conformer aux règles ordinaires de procédure, le sont-ils également de suivre celles que la loi trace au titre de l'Arbitrage?

Sur ce point, nous n'hésitons pas à embrasser la négative.

La disposition de l'art. 1009, comme nous l'avons dit, notamment dans nos observations sur la *Quest.* 3288, ne se rapporte qu'aux formes générales d'instruction. La dispense autorisée par le même article ne touche donc en rien aux règles établies en vue de l'arbitrage.

Les parties peuvent bien, par exemple, changer la nature des fonctions du tiers arbitre, renoncer à des nullités introduites en leur faveur, etc.; mais sur tous ces points, les amiables compositeurs n'ont aucun pouvoir pour suppléer à cette volonté.

Si donc ceux-ci ont dérogé à l'une des formes essentielles de l'arbitrage, il y a lieu, selon nous, dans ce cas, non d'interjeter appel, puisque la qualité d'amiables compositeurs donnée aux arbitres emporte implicitement renonciation à ce droit (*Voy.* notre *Quest.* 3296), mais opposition, s'il y a lieu; sinon, ouverture de requête civile, conformément à l'art. 480, n° 2. L'exception de l'art. 1027 ne se rapporte qu'aux formes ordinaires, à celles dont parle l'article 1009, auquel renvoie cette disposition.

M. Bellot, t. 3, p. 284, examine et résout la question dans le même sens,

en ce qui touche la dispense de revêtir le jugement de l'ordonnance d'*exequatur* (*Voy.* notre *Quest.* 3365). Les Cours de Nîmes, 30 janv. 1812 (*J. Av.*, t. 4, p. 583 ; Devill., *Collect. nouv.*, 4.2.27), et de Rennes, 21 juin 1816 (*J. Av.*, t. 16, p. 527), ont aussi rendu des décisions conformes, quant à la nécessité de juger dans le délai fixé par les parties ou, à défaut, par la loi. La Cour de Toulouse, 13 déc. 1833 (Tajan, t. 28, p. 226), a été plus loin, en décidant qu'il devrait en être ainsi, lors même que les parties auraient dispensé les arbitres de juger dans le temps déterminé par l'art. 1007, leur mandat devant valoir jusqu'à parfaite solution.]]

[[**3354** bis. *Lorsque, dans un acte de société, il a été convenu que les différends à naître seraient soumis à des arbitres, qualifiés amiables compositeurs, cette clause produira-t-elle son effet, lorsque, au lieu d'être nommés par les parties, les arbitres sont désignés par le tribunal lui-même?*

En d'autres termes : *Est-il des cas où les tribunaux puissent nommer des arbitres, en qualité d'amiables compositeurs?*

Il est certain que cette qualification ne pourrait être donnée aux tribunaux eux-mêmes, tenus de juger suivant les règles du droit, en vertu de la nature de leurs fonctions (*Voy.* l'arrêt de Cass. du 30 août 1813, cité sur la *Quest.* 3290); peuvent-ils conférer à d'autres, un droit qui ne leur appartient pas?

D'un autre côté, ce qui a probablement déterminé les parties à souscrire une clause de ce genre, c'est la confiance que doivent leur inspirer des arbitres de leur choix. Dans une nomination d'office, cette condition ne se retrouve plus.

Ces raisons de douter disparaissent néanmoins, ce nous semble, devant le besoin de donner force et valeur à toute convention d'ailleurs licite, et de ne pas en abandonner l'exécution à l'arbitraire des parties.

L'objection prise de l'incompétence des tribunaux n'est pas sérieuse; il ne s'agit pour eux, en effet, que de faire exécuter une convention parfaitement légale, ce qui est non-seulement leur droit, mais encore leur devoir.

La Cour de cassation, le 15 juill. 1818 (*J. Av.*, t. 16, p. 537 ; Devill., *Coll. nouv.*, 5.1.502), a formellement consacré l'opinion que nous adoptons ici.]]

[[**3354** ter. *Les tribunaux civils sont-ils compétents pour connaître de l'exécution d'une sentence arbitrale rendue par d'amiables compositeurs?*

L'affirmative, admise par un arrêt d'Orléans, 25 fév. 1814 (*J. Av.*, t. 16, p. 515), semble au premier abord inconciliable avec les fonctions de juges chargés uniquement d'appliquer les règles du droit. Mais il est facile de voir que, remplir la mission d'*amiables compositeurs* et interpréter la sentence rendue par ceux-ci ou en faciliter l'exécution, sont deux choses bien différentes, et qu'il importe de ne pas confondre ; la loi qui autorise le pouvoir des amiables compositeurs n'a pas certainement voulu laisser leur jugement inefficace et sans valeur, ce qui arriverait, s'il n'était pas permis de recourir aux tribunaux pour les difficultés d'exécution. L'embarras serait alors insoluble ; car la mission des arbitres étant expirée, ceux-ci ne peuvent en connaître, et il suffirait à une partie de soulever un incident, si peu sérieux qu'il fût, pour arrêter l'effet de la sentence.]]

Art. 1020. Le jugement arbitral sera rendu exécutoire par une ordonnance du président du tribunal de première instance dans le ressort duquel il a été rendu : à cet effet, la minute du jugement

sera déposée, dans les trois jours, par l'un des arbitres, au greffe du tribunal.

S'il avait été compromis sur l'appel d'un jugement, la décision arbitrale sera déposée au greffe de la Cour royale, et l'ordonnance rendue par le président de cette Cour.

Les poursuites (1) pour les frais du dépôt et les droits d'enregistrement ne pourront être faites que contre les parties.

Tarif, 91. — [Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 505, nos 23 à 25.] — Cod. civ. art. 2123. — Cod. comm., art. 61. — Cod. proc. civ., art. 545, 551, 1021, 1023, 1028.— [Notre Dict. gén. de proc., v° *Arbitrage*, nos 418 à 455. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 873 à 924. — Devilleneuve, *eod verb.*, nos 44 à 50. — Locré, t. 23, p. 427, n° 18, et p. 435, n° 3.

QUESTIONS TRAITÉES : Le président d'un tribunal de commerce est-il compétent pour rendre exécutoire une sentence arbitrale rendue entre négociants, s'il ne s'agit pas de contestations entre associés ? 3355. — *Quid* s'il s'agit d'associés qui ont confié à leurs arbitres le droit de les juger comme amiables compositeurs, ou qui ont rénoncé a toute voie de recours contre leur sentence? *Q*. 3356. —L'ordonnance d'*exequatur* doit-elle nécessairement être donnée par le président du tribunal dans l'arrondissement duquel elle a été rendue? Pourrait-elle l'être par le président du tribunal devant lequel la contestation aurait été portée, s'il n'y avait pas eu d'arbitrage? *Q*. 3356 *bis*. — Lorsqu'il a été compromis, tout à la fois, et sur une affaire susceptible d'être portée en première instance et sur l'appel d'un jugement, suffit il de déposer la sentence qui prononce sur cette affaire et sur cet appel au greffe du tribunal d'appel, et le président de ce tribunal aurait-il le droit d'apposer l'ordonnance à cette double décision? *Q*. 3357. — Lorsqu'en matière de société, des arbitres ont été nommés par les parties devant un tribunal qui leur a décerné acte de cette nomination, que ces arbitres ont leur domicile hors de l'arrondissement de ce tribunal, et qu'ils ont procédé et jugé dans ce lieu, la circonstance que le tribunal aurait commis celui de ce même lieu pour nommer des arbitres en cas de refus, déport ou décès des premiers, est-elle un motif pour que le dépôt de la sentence arbitrale se fasse au greffe du tribunal du domicile et non au greffe du tribunal du lieu où les arbitres ont prononcé? *Q*. 3358. — Quand il a été compromis sur une affaire de la compétence du juge de paix, est-ce au greffe de sa justice que doit être fait le dépôt de la sentence, et est-ce ce juge qui doit apposer l'ordonnance? *Q*. 3359. — Quel est le caractère de la nullité de l'ordonnance rendue par un président incompétent? *Q*. 3359 *bis*. — En quel cas le président du tribunal peut-il refuser l'ordonnance d'exécution? *Q*. 3360. — Quelle est la voie pour se pourvoir, soit quand l'ordonnance a été apposée par un président incompétent, soit lorsque le président compétent a refusé de l'apposer? *Q*. 3361. — Le dépôt au greffe doit il nécessairement être fait par l'un des arbitres? *Q*. 3362. — Le dépôt peut-il être fait par l'un des arbitres et reçu par le greffier du tribunal avant que le jugement soit enregistré? Le président peut-il le rendre exécutoire avant l'enregistrement? *Q*. 3363. — Un jugement arbitral serait-il nul par cela seul qu'il n'aurait pas été déposé, dans les trois jours de sa date, au greffe du tribunal? *Q*. 3364 (2).]

3355. *Le président d'un tribunal de commerce est-il compétent pour rendre exécutoire une sentence arbitrale rendue entre négociants, s'il ne s'agit pas de contestations entre associés?*

3356. QUID *s'il s'agit d'associés qui ont confié à leurs arbitres le droit de les juger comme amiables compositeurs, ou qui ont renoncé à toute voie de recours contre leur sentence?*

La première question a été jugée pour la négative, par arrêts de la Cour de

---

(1) *Voy*. Circulaire du ministre de la justice du 28 octobre 1807; loi des 16 et 24 août 1790, art. 6, tit. 1, et arrêt du 18 juin 1698, rapporté dans les Conférences de BORNIER, sur l'art. 7 du tit. 26, ordonnance de 1667.

(2) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Le tribunal n'est pas compétent pour apposer, au refus du président, l'ordonnance d'*exequatur;* la Cour royale qui annulle la décision du tribunal, comme incompétemment rendue, renvoie alors devant ce même président pour que l'ordonnance d'*exequatur* soit accordée. Paris, 31 déc. 1825 (*Gaz. des Trib.* du 4 janv. 1826);

2° Ce n'est pas acquiescer à une sentence arbitrale, que d'en demander le dépôt au greffe du tribunal civil, lorsqu'elle a été déposée, à tort, à celui du tribunal de commerce. Cass., 27 août 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 673 : DEVILL., 1835.1.588);

3° Il n'est pas nécessaire de déposer au greffe les conclusions des parties, lorsque la sentence contient l'énonciation de ces conclusions. Cass., 17 mai 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 221 ; DEVILL., 1837.1.154).]

Rennes des 9 mars, 19 nov. 1810, et 4 juill. 1811 (*J. Av.*, t. 16, p. 484), conformément à l'opinion de M. MERLIN. (Voy. *Nouv. Répert.*, au mot *Arbitrage*, p. 300.) D'autres Cours ont prononcé de la même manière : ainsi, les juges de commerce qui seraient encore dans l'usage de rendre exécutoires, sans distinction, tous les jugements arbitraux en matière de commerce, doivent reconnaître que leur compétence se borne à ceux qui seraient rendus entre associés, conformément à l'art. 61, Cod. comm.

L'opinion contraire, que Rogue avait émise sous l'empire de l'ordonnance de 1673 (Voy. *Jurisp. consul.*, t. 5, p. 68), était erronée. Tous les auteurs maintenaient que l'homologation des sentences arbitrales appartenait aux juges ordinaires ; ils citaient l'art. 13 du titre 4 de l'ordonn. comme une exception à ce principe général. Or, l'art. 61 du nouveau Code, en remplaçant l'homologation par une simple ordonnance d'exécution, n'a pas donné au président du tribunal de commerce une compétence plus étendue que celle que les juges et consuls tenaient de l'art. 13 précité.

[[Tous les auteurs qui ont examiné la question, MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 203 ; MONGALVY, p. 247, n° 316 ; GOUBEAU, t 1, p. 400 et 416 ; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 678 ; BOITARD, t. 3, p. 463 ; DE VATIMESNIL, p. 614, n° 265, et BELLOT, t. 3, p. 244, se sont ralliés à la décision de M. Carré. La jurisprudence n'est pas moins unanime à cet égard. Aux décisions précitées, on peut ajouter les arrêts de Riom, 26 janv. 1810 (*J. Av.*, t. 16, p. 484) ; Bordeaux, 4 mars 1828 (*J. Av.*, t. 35, p. 309) ; Colmar, 26 janv. 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 172), et Metz, 1er août 1831 (*J. Av.*, t. 47, p. 408). Ce dernier a décidé de la manière la plus générale, que c'est au greffe du tribunal civil que la sentence doit être déposée ; que c'est par le président de ce tribunal que l'ordonnance d'*exequatur* doit être rendue ; enfin, que c'est devant les juges qui le composent que l'opposition à l'ordonnance doit être formée. *Voy.* aussi M. SOUQUET, dans son *Dictionn. des Temps légaux*, v° *Arbitrage*, 20e tabl., 5e col., nos 98 et suiv.

Il en serait de même dans le cas où, sur la demande des parties, le tribunal de commerce aurait renvoyé les parties devant des arbitres, si d'ailleurs la contestation ne concernait pas des intérêts de société. *V.* Cass., 14 juin 1821 (*J. Av.*, t. 41, p. 497).

La seconde question est plus délicate et aussi plus controversée : nous la traitons sous le n° 3379.]]

[[**2356** bis. *L'ordonnance* d'EXEQUATUR *doit-elle nécessairement être donnée par le président du tribunal dans l'arrondissement duquel elle a été rendue ? Pourrait-elle l'être par le président du tribunal devant lequel la contestation aurait été portée, s'il n'y avait pas eu d'arbitrage ?*

La Cour de Metz, le 3 déc. 1819 (*J. Av.*, t. 18, p. 958), a jugé que, sous l'empire de la loi du 24 août 1790, rien n'obligeait les parties ni les arbitres à réclamer l'ordonnance d'*exequatur* plutôt à l'un qu'à l'autre de ces magistrats, et qu'il suffisait qu'elle eût été apposée au bas de la sentence par le président d'un tribunal civil. Il ne serait plus permis aujourd'hui de soutenir cette opinion, en présence des termes si formels de l'art. 1020, qui attribuent compétence au président du tribunal dans le ressort duquel la sentence a été rendue : c'est donc à tort que la Cour de Douai, le 12 janv. 1820 (*J. Av.*, t. 16, p. 450 ; DEVILL., *Collect. nouv.*, 6.2.186), a décidé que cette disposition de l'art. 1020 n'est pas prescrite à peine de nullité. Il suffit que la loi s'explique comme elle le fait dans cet article, pour que les parties soient en droit de décliner la compétence de tout autre juge, et par conséquent d'attaquer l'ordonnance qu'il aurait rendue. Ce dernier avis résulte d'ailleurs de deux arrêts de Cassation du

26 janv. 1824 (*J. Av.*, t. 16, p. 24), et du 17 nov. 1830 (*J. P.*, 3e éd., t. 23, p. 842; Devill., *Collect. nouv.*, 7.1.380; 1831.1.146), et l'on peut considérer la doctrine comme fixée en ce sens. *Voy.* no 3359 *bis.*]]

3357. *Lorsqu'il a été compromis, tout à la fois, et sur une affaire susceptible d'être portée en première instance et sur l'appel d'un jugement, suffit-il de déposer la sentence qui prononce sur cette affaire et sur cet appel au greffe du tribunal d'appel, et le président de ce tribunal aurait-il le droit d'apposer l'ordonnance à cette double décision?*

Comme l'art. 1020 ne donne pouvoir au président d'appel qu'en ce qui concerne la sentence arbitrale rendue sur l'appel d'un jugement, nous croyons qu'il est conforme au vœu de la loi de faire deux originaux de la sentence, et de les déposer, l'un au greffe de première instance, l'autre au greffe d'appel, afin que chaque président y appose l'ordonnance pour la partie qui le concerne.

C'est ce que nous avons vu plusieurs fois pratiquer à Rennes; nous croirions même qu'il y aurait nullité de l'ordonnance apposée par un président d'appel à la décision rendue sur une affaire qui n'aurait subi que le premier degré de juridiction; car il résulterait de là que la Cour aurait, conformément à l'art. 1028, à prononcer sur l'opposition à l'ordonnance.

Or, le jugement sur une telle opposition est sujet à l'appel, et il arriverait que la Cour prononcerait, soit d'abord comme un tribunal de première instance, et ensuite comme tribunal d'appel, soit tout à la fois en premier et en dernier ressort, ce qui serait contraire aux règles de l'administration de la justice.

[[Telle est aussi l'opinion de MM. Goubeau, t. 1, p. 410; Mongalvy, p. 247, no 317; de Vatimesnil, p. 644, no 266, et Rodière, t. 3, p. 30.

M. Bellot, t. 3, p. 277, croit que cette division est impossible en fait: si les deux contestations, dit-il, ont été, par les arbitres, réunies en une, s'ils ont établi des compensations, donné gain de cause sur un point, parce qu'ils condamnaient sur un autre, comment soumettre une partie de la sentence au tribunal de première instance et l'autre au tribunal d'appel? Ne devient-il pas même souvent impossible de distinguer quel point de la sentence doit être soumis aux juges supérieurs et *vice versâ?* D'où M. Bellot conclut que la sentence doit être déposée à un seul greffe; et, comme ce ne peut être à celui du tribunal de première instance, il faut, suivant lui, que le dépôt soit effectué au greffe du tribunal d'appel. Telle est également la doctrine qui paraît résulter d'un arrêt de Cassation du 26 juin 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 613; Devill., 1833, 1. 603). La Cour de Toulouse, le 3 juin 1828 (*J. P.*, 3e éd., t. 21, p. 1516), a tiré une conséquence différente de l'indivisibilité de la sentence, en décidant que la minute peut être déposée successivement au greffe du tribunal de première instance et au greffe du tribunal d'appel. Enfin, la Cour de Grenoble, le 14 août 1834 (*J. P.*, 3e éd., t. 26, p. 882), a jugé que c'est au greffe du tribunal de première instance que le dépôt doit être effectué, et un arrêt de Cassation du 28 janv. 1835 (*J. Av.*, t. 50, p. 144; Devill., 1835, 1.533) s'est prononcé dans le même sens, mais à raison de circonstances particulières, et pour se conformer à l'intention des parties. Ce qu'on pourrait induire de la plupart de ces décisions, c'est qu'il faut se déterminer surtout, pour résoudre la question, d'après l'importance respective des intérêts déjà soumis aux tribunaux de première instance, et de ceux sur lesquels un débat s'élève pour la première fois. Ce qui fait l'importance de cette question, c'est qu'aux termes de l'art. 1028, l'opposition à l'ordonnance d'*exequatur* doit être formée devant le tribunal qui l'a rendue, et qui est le même que celui au greffe duquel elle a été déposée. On conçoit

dès lors combien il est difficile d'admettre que cette voie de recours doive être simultanément exercée devant deux juridictions différentes, surtout à raison des faits énumérés dans l'art. 1028. Il nous semble donc qu'une distinction est indispensable : si les arbitres ont eu soin de rendre une double sentence ou tout au moins de distinguer les objets déjà jugés en première instance, mais remis en question par l'appel, de ceux qui n'ont pas encore été débattus, il n'y a nul inconvénient en ce cas à déposer la sentence aux deux greffes, non pas successivement, comme l'admet l'arrêt précité de Toulouse, car il faut qu'il en reste minute, mais simultanément, et l'observation de cette marche est d'autant plus convenable qu'elle paraît conforme au texte de l'art. 1020. Si, au contraire, les arbitres ont été investis du pouvoir d'amiables compositeurs, s'ils ont confondu, dans leurs décisions, les divers intérêts qu'ils étaient appelés à régler, le plus sage serait peut-être d'ordonner le dépôt au greffe du tribunal; car, passer compromis sur un débat déjà vidé en première instance et porté devant des juges supérieurs, c'est, pour ainsi dire, se désister du jugement (1), et lier au sort de cette contestation celle d'intérêts non encore débattus; c'est, en quelque sorte, engager une instance nouvelle, sur laquelle la sentence à intervenir doit être considérée comme du premier ressort. Toutefois, il est difficile de présenter à cet égard une solution qui domine toutes les espèces; car il peut arriver que les intérêts de la cause sur laquelle a été rendu un jugement de première instance soient tellement puissants et importants, par rapport aux autres, que ceux-ci n'en soient que l'accessoire, et alors il paraît plus conforme au texte de l'art. 1020 que la sentence soit déposée au greffe du tribunal d'appel. En résumé, il nous paraît que la plus grande latitude doit être sur ce point laissée aux arbitres qui déposent le jugement et au président qui le reçoit. C'est ce qu'on peut induire des arrêts en apparence contradictoires que nous venons de rapporter. *Voy.* M. SOUQUET, v° *Arbitrage*, 25ᵉ tabl., 5ᵉ col., n° 35.

Dans le cas où les arbitres ont opéré en vertu d'un arrêt de la Cour royale, il est évident qu'ils doivent s'adresser au premier président pour obtenir l'ordonnance d'*exequatur*. La Cour d'Orléans, le 10 déc. 1817 (*J. Av.*, t. 16, p. 536, DEVILL., *Collect. nouv.*, 5.2.336), l'a décidé ainsi.]]

3358. *Lorsqu'en matière de société, des arbitres ont été nommés par les parties devant un tribunal qui leur a décerné acte de cette nomination; que ces arbitres ont leur domicile hors de l'arrondissement de ce tribunal et qu'ils ont procédé et jugé dans ce lieu, la circonstance que le tribunal aurait commis celui de ce même lieu pour nommer des arbitres en cas de refus, déport ou décès des premiers, est-elle un motif pour que le dépôt de la sentence arbitrale se fasse au greffe du tribunal du domicile et non au greffe du tribunal du lieu où les arbitres ont prononcé?*

Cette question serait formellement décidée par l'art. 1020, Cod. proc. civ., s'il s'agissait d'un arbitrage en matière purement civile, puisque cet article dispose généralement, sans aucune distinction, que le jugement sera rendu exécutoire par le président du tribunal dans le ressort duquel il aura été rendu, et qu'à cet effet, la minute sera déposée au greffe du tribunal. Or, il est bien certain que, dans le cas où des arbitres auraient procédé dans un lieu qui fût hors du ressort du tribunal où ils auraient été convenus, ce serait au président du tribunal du lieu où ils auraient rendu leur sentence qu'il appartiendrait d'appo-

(1) [Une renonciation expresse aux effets du jugement attribuerait compétence au président du tribunal; (Cass. 17 juill. 1817; *J. Av.*, t. 16 p. 535.)]

ser l'ordonnance d'exécution. Doit-il, dans le cas d'arbitrage forcé, en être autrement, soit en thèse générale, soit d'après la circonstance particulière que le juge du domicile des parties a commis celui du domicile des arbitres, pour décerner acte d'une nomination à faire en cas de remplacement?

En thèse générale, le Code de commerce ne contient aucune disposition explicite comme celle de l'art. 1020, Code proc. civ., sur le tribunal au greffe duquel doit être déposée la sentence arbitrale rendue en matière de commerce. L'art. 61 porte seulement qu'elle est déposée au greffe du tribunal de commerce, qu'elle est rendue exécutoire sans aucune modification, et transcrite sur les registres, en vertu d'une ordonnance du président du tribunal, lequel est tenu de la rendre pure et simple et dans le délai de trois jours du dépôt au greffe.

Mais il est évident que cet article, en n'indiquant point particulièrement le président du tribunal devant lequel les arbitres auraient été convenus, a désigné le même tribunal qu'indique l'art. 1020, Cod. proc. civ.; car dans le silence des lois spéciales sur une matière, c'est la loi générale, autrement le droit commun, qui doit lever toute incertitude.

Aussi, tous les auteurs qui ont écrit sur le Code de commerce, et notamment M. Pardessus, t. 4, p. 114, disent-ils que le président qui doit décerner l'ordonnance d'exécution est évidemment celui du tribunal du lieu où les arbitres opèrent. C'est donc au greffe de ce tribunal que le dépôt du jugement doit être effectué.

On ne saurait, d'ailleurs, asssigner aucune raison tranchante pour décider, en matière d'arbitrage forcé, autrement que le Code de procédure civile n'a disposé à l'égard des arbitrages ordinaires.

Dirait-on que les arbitres de commerce remplacent les juges de la loi, et que, leur jugement devant être inscrit sur les registres des tribunaux de commerce, c'est sur le registre de celui qui eût été compétent à raison du domicile pour juger l'affaire, si elle n'avait pas dû être décidée par les arbitres, que le jugement par eux rendu doit être transcrit?

On répondrait encore par le silence du Code de commerce, qui, n'ayant point indiqué le tribunal du domicile, et s'étant au contraire exprimé en termes généraux, ne peut être interprété que par la disposition du droit commun, puisque la loi spéciale n'y a pas fait exception. (Art. 1020, Cod. proc. civ.)

Au surplus, les arbitres, en matière ordinaire, sont aussi mis à la place des juges de la loi, et la seule différence qu'il y ait entre eux et les arbitres forcés, c'est que ceux-ci remplacent ces juges d'après la volonté du législateur, et que les autres les remplacent d'après la volonté des parties.

Il y aurait donc eu, pour que la loi ordonnât en matière ordinaire le dépôt de la sentence arbitrale au greffe du tribunal du domicile, les mêmes raisons que l'on supposerait qu'elle eût eues pour l'ordonner en matière d'arbitrage forcé.

Or, elle a indiqué formellement pour le premier, le tribunal du lieu où les arbitres opèrent; elle n'en a point indiqué d'autre relativement à l'arbitrage forcé : c'est donc à ce tribunal que doit être effectué ce dépôt; c'est donc à son président à décerner l'ordonnance.

[[*Voy.* notre observation sur la *Quest.* 3302.]]

3359. *Quand il a été compromis sur une affaire de la compétence du juge de paix, est-ce au greffe de sa justice que doit être fait le dépôt de la sentence, et est-ce ce juge qui doit apposer l'ordonnance?*

L'art. 1020 n'accorde compétence qu'aux présidents des tribunaux de première instance ou des Cours; et ce qui prouve que la sentence arbitrale ren-

due dans l'espèce de la question proposée doit être déposée au greffe du tribunal de première instance et être rendue exécutoire par le président de ce tribunal, c'est l'art. 1023, qui porte que l'appel des jugements arbitraux sera porté, savoir : devant les tribunaux de première instance pour les matières qui, s'il n'y eût point eu d'arbitrage, eussent été, *soit en premier, soit en dernier ressort, de la compétence des juges de paix.*

[[L'exactitude de cette décision est incontestable.]]

[[**3359** bis. *Quel est le caractère de la nullité de l'ordonnance rendue par un président incompétent?*

Il faut incontestablement distinguer entre les diverses sortes de nullités qui résultent de ce fait.

L'ordonnance a-t-elle été rendue par le président d'un tribunal civil autre que celui dans le ressort duquel la sentence arbitrale a été prononoucée? Il y a, de sa part, incompétence, par conséquent nullité, comme nous l'avons dit sous notre *Quest.* 3356 *bis*; mais cette incompétence existe à raison seulement de la personne, et la nullité qui en résulte est couverte en appel par la proposition de toutes exceptions ou défenses. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation, le 17 nov. 1830 (*J. P.*, 3e éd., t. 23, p. 812; DEVILL., 1831, 1.146).

Mais lorsque l'ordonnance émane d'une juridiction autre que celle qui est établie pour faire de tels actes, si, par exemple, le président d'un tribunal de commerce a rendu le jugement exécutoire dans les cas où il y avait lieu de s'adresser au président du tribunal civil, l'incompétence doit être considérée comme existant à raison de la matière, et la nullité de l'ordonnance peut être proposée en tout état de cause; la Cour de cassation, le 18 mai 1824 (*J. P.*, 3e éd., t. 28, p. 714), en admettant cette doctrine, avait cependant jugé que la partie était non recevable à arguer pour la première fois de ce fait en cassation; mais c'est là une dérogation inexplicable aux principes établis en cette matière, et auxquels, d'ailleurs, la même Cour est revenue par un arrêt postérieur du 14 juin 1831 (*J. Av.*, t. 41, p. 497; DEVILL., 1831, 1.219). *Voy.* nos observations sur la *Quest.* 722, t. 2, p. 185.

Ce que nous disons du cas où l'ordonnance serait rendue par le président du tribunal de commerce, quand elle devrait l'être par le président du tribunal civil, nous le dirons également dans le cas où elle émane de ce dernier, lorsqu'il a été compromis sur appel et que la loi attribue compétence au président de la Cour royale. Telle est aussi l'opinion de M. DE VATIMESNIL, p. 645, n° 268, conforme, d''ailleurs, de tous points, à la nôtre.]]

3360. *En quel cas le président du tribunal peut-il refuser l'ordonnance d'exécution?*

L'ordonnance d'exécution, dit M. PIGEAU, t. 1, p. 22, a été établie pour que le magistrat examine si la décision arbitrale ne contient rien de contraire à l'intérêt public ou à celui des personnes mises spécialement sous la protection de la justice.

Ainsi, ajoute-t-il, p. 30, si le président voyait que la décision arbitrale portât sur des objets d'ordre et d'intérêt publics, sur lesquels il ne peut intervenir de compromis, il devrait refuser son ordonnance.

C'est que l'ordonnance n'est pas une simple formalité, disent également les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 397; le juge ne doit l'accorder qu'après avoir vu si elle ne contient rien qui soit contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs; si les parties étaient capables de compromettre, si elles avaient la libre dispo-

sition des droits sur lesquels elles ont compromis. Mais remarquons bien que c'est à ces seuls cas que s'étend le pouvoir de refuser (1).

[[Cette décision est une sorte de terme moyen entre deux avis plus tranchés, qui, dans la doctrine comme dans la jurisprudence, ont rencontré des défenseurs.

Ainsi, d'après la Cour de Turin, 22 germ. an XII (*J. Av.*, t. 16, p. 461), jugeant sous l'empire d'une disposition identique de la loi du 24 août 1790, l'ordonnance du président, rendue en l'absence du tribunal, en l'absence même des parties, n'offre rien de contentieux; c'est le sceau de l'autorité publique apposé aux sentences arbitrales, une formalité qui peut d'autant moins être refusée que l'art. 1028 prévoit le cas où il existe des moyens de nullité soit contre le compromis, soit contre la sentence, et ouvre, en ce cas, des voies de recours qui seraient inutiles, si le président avait lui-même à apprécier ces moyens. On peut ajouter que ce serait un véritable empiétement de la juridiction contentieuse sur la juridiction volontaire, et que la loi, en soumettant les actes émanés de cette dernière à l'*exequatur* des magistrats, a entendu lui donner la force dont elle est dépourvue, mais non attribuer au juge un droit arbitraire de révision. Tel est le système admis par MM. Coffinières, *Journ. des Avoués*, sur l'arrêt précité; Merson, n° 110; Pardessus, n° 1403, et Mongalvy, p. 249, n° 321. MM. Dalloz, t. 1, p. 785, not. 2, et Thomine Desmazures, t. 2, p. 679, lui paraissent également favorables.

D'un autre côté, M. Boitard, t. 3, p. 463, accorde au président le droit d'examen; il entend même un tel droit de la manière la plus large. Ainsi ce magistrat devrait voir s'il a été ou non passé un compromis, s'il a été jugé hors de ses termes; en un mot, veiller à l'observation de toutes les formes à raison desquelles l'art. 1028 ouvre aux parties une action en nullité. Nous croyons qu'en cela M. Boitard a été beaucoup trop loin. En permettant l'opposition à raison de ces faits, la loi interdit implicitement au président d'appliquer d'office une nullité, à laquelle les parties sont d'ailleurs en droit de renoncer. Mais est-ce à dire que l'ordonnance d'*exequatur* soit une simple formalité? Ce serait vouloir que la justice, en donnant la force et l'efficacité, qui sont dans ses attributions exclusives, à la sentence émanée d'hommes privés, ne fût pas libre de mesurer les conditions de son concours; qu'elle se prêtât aveuglément à faire exécuter ce qu'il y aurait de plus contraire aux principes essentiels de la morale et de l'ordre. Évidemment, le respect pour la juridiction volontaire ne saurait aller jusque-là.

La président du tribunal ou de la Cour doit donc refuser l'*exequatur* à une sentence qui lui paraît contraire à ces principes fondamentaux qu'il n'est pas permis à la justice de méconnaître. C'est ce qu'a jugé la Cour de Paris, le 14 mai 1829 (*J. Av.*, t. 36, p. 323). C'est ce que décident, avec M. Carré, MM. Favard de Langlade, t. 1, p. 203; de Vatimesnil, p. 643, n° 262; Bellot, t. 3, p. 245; Rodière, t. 3, p. 30, et Souquet, v° *Arbitrage*, au 25e tabl., 5e col., n° 30. Il doit, par le même motif, selon la juste observation de M. Boitard, *loco citato*, voir si le dispositif de la sentence n'ordonne pas des voies d'exécution prohibées.

Mais avant tout, le président doit se demander s'il est compétent pour rendre l'ordonnance. Il peut être incompétent de trois manières : à raison de la matière, lorsqu'il s'agit d'arbitrage forcé; à raison du lieu, s'il n'est pas à la tête du tribunal dans le ressort duquel la sentence a été rendue; à raison de la juridiction, si c'est à la Cour d'appel et non au tribunal de première instance que la sentence doit être déposée, dans le cas prévu par l'art. 1020. Si l'une de ces

(1) La question de savoir si, pour obtenir l'ordonnance, il y a lieu à communication au ministère public, est traitée au n° 408.

règles est violée, le président doit refuser l'exécutoire qu'il ne lui appartient pas d'ordonner.

En dehors de ces hypothèses, cesse, suivant nous, le droit d'examen accordé au président du tribunal. Nous ne croyons même pas, avec M. Carré, qu'il puisse examiner si les parties étaient ou non libres de s'engager, car c'est là une nullité relative dont l'incapable seul est en droit de se prévaloir (*V.* notre *Quest.* 3258) : à plus forte raison, croyons-nous, avec MM. DEVILLENEUVE et MASSÉ, v° *Arbitrage*, n° 117, qu'il n'a pas à s'enquérir si les arbitres étaient ou non compétents, et avec la Cour de Paris, 31 déc. 1825 (*Gaz. des tribun.*, du 4 janv. 1826), s'il existe, en faveur de la décision rendue, une véritable majorité. Dans toutes les questions de cette nature, si les parties ont renoncé aux voies de recours, il n'appartient pas aux magistrats de les relever d'office d'une convention parfaitement légale. S'il leur en reste quelqu'une, l'obtention de l'ordonnance, loin d'être un obstacle à son exercice, leur donne au contraire l'occasion de se pourvoir.]]

3361. *Quelle est la voie pour se pourvoir, soit quand l'ordonnance a été apposée par un président incompétent, soit lorsque le président compétent a refusé de l'apposer?*

En général, l'ordonnance d'*exequatur* doit être considérée sous les mêmes rapports qu'une simple ordonnance de pure forme, puisqu'elle n'a d'autre effet que de revêtir la décision arbitrale du sceau de l'autorité publique, sans en apprécier le mérite ni dans la forme ni au fond.

Ainsi, dans le premier cas ci-dessus posé, c'est-à-dire lorsque l'ordonnance est apposée purement et simplement par un président incompétent, nous pensons qu'on doit se pourvoir par opposition devant le tribunal, car, en général, on ne peut appeler que des jugements. (*Voy.* MERLIN, *Questions de droit* au mot *Appel*, t. 1, p. 58, 2e édition.)

Mais le tribunal, comme dans les cas mentionnés en l'art 1028, n'aura pas à annuler l'acte qualifié jugement arbitral; il n'aura qu'à prononcer la nullité pour cause d'incompétence; d'où il suit que l'action en nullité de cet acte restera ouverte aux parties.

Mais dans le second cas, celui de refus d'apposer l'ordonnance d'exécution constaté par le président compétent pour appliquer cette formalité, refus motivé par exemple sur une des causes mentionnées sur la question précédente ou sur toute autre, l'ordonnance aurait tous les caractères d'une décision judiciaire, et dans cette circonstance, la Cour de Rennes, par arrêt du 13 mai 1813, a considéré qu'à défaut de texte de loi sur une espèce qui n'a pas été prévue, il convenait d'adopter le mode de se pourvoir contre les ordonnances sur référé, et par conséquent l'appel.

Si l'ordonnance est réformée, le tribunal, ainsi que la même Cour l'a jugé par un second arrêt du 31 du même mois an 1813, doit renvoyer au président d'une autre chambre ou au premier juge, dans l'ordre du tableau, afin qu'il appose une nouvelle ordonnance.

Cette manière de procéder est la seule qu'il convienne d'adopter par application des dispositions analogues à la matière.

[[MM. GOUBEAU, t. 1, p. 403 et 406, et DE VATIMESNIL, p. 643 et 645, nos 262 et 267, partagent entièrement l'opinion de M. Carré. Sans s'expliquer sur la double question, MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 203, et THOMINE-DESMAZURES, t. 2, p. 679, admettent également, celui-ci l'appel dans le second cas, celui-là l'opposition dans le premier. M. BELLOT, t. 3, p. 216, critique cependant cette dernière marche; mais il avoue lui-même qu'il n'en peut indiquer de meilleure. Les Cours de Bourges, 20 mars 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 33); Poi-

tiers, 9 mars 1830 et 7 mai 1833 (*J. Av.*, t. 38, p. 251, et t. 45, p. 434) ; Douai, 15 mars 1833 (*J. Av.*, t. 47, p. 471), ont jugé que l'opposition devant le tribunal était recevable.

Lorsque le président a refusé l'*exequatur*, M. Rodière, t. 3, p. 31, admet encore l'opposition. A l'arrêt de Rennes, qui a jugé le contraire, on peut joindre un autre arrêt de Paris, 14 mai 1829 (*J. Av.*, t. 36 p. 323).

Quant à nous, conformément aux principes que nous avons développés, *Quest.* 378, 1013 *bis*, 1469, 1581 *quinquies* et 2575, nous pensons que l'appel est la seule voie ouverte pour faire réformer une ordonnance d'*exequatur*, ou pour obtenir celle qui est refusée, et notre opinion est partagée par M. Souquet, *Dict. des temps légaux*, v° *Arbitrage*, 25e tabl., 5e col., n° 39.]]

3362. *Le dépôt au greffe doit-il nécessairement être fait par l'un des arbitres?*

En décidant qu'un surarbitre, ayant un mois pour donner son avis, doit laisser aux arbitres partagés le temps nécessaire pour user de la faculté de rédiger le leur par procès-verbal séparé (art. 1017) ; en disant en conséquence que le surarbitre agit avec trop de précipitation, si, dans un temps très rapproché du jour de la nomination, il refuse, en présence de l'un des arbitres, de recevoir l'avis motivé de l'autre, sous prétexte que l'arrêté était clos, et qu'il l'avait remis à un *huissier* pour être *déposé*, la Cour de Rennes a déclaré que cette précipitation était d'autant moins excusable que, d'après l'art. 1020 du Code, c'est un des arbitres, et non un *huissier*, qui *doit* déposer le jugement.

Nous ne croyons pas qu'il faille conclure de là qu'il y a nullité de l'ordonnance d'exécution apposée sur un jugement qui n'aurait pas été déposé par l'un des arbitres, si toutefois les parties reconnaissaient que ce jugement est bien celui que leurs arbitres ont prononcé.

Le dépôt par un des arbitres est exigé pour garantir que la décision émane véritablement de ceux qui sont dits l'avoir rendue. Tout ce qui résulte, selon nous, de la disposition de l'art. 1020, c'est que le greffier peut refuser de recevoir le dépôt de la part d'une personne qui n'aurait pas concouru à rendre le jugement, et que le président pourrait aussi refuser d'apposer l'ordonnance ; mais si elle l'avait été, ce serait pure chicane, lorsqu'il ne s'élèverait aucune contestation sur la réalité du jugement, que de prétendre que l'ordonnance fût nulle.

L'on appliquerait l'ancien adage, *nullité sans griefs n'opère* ; maxime toujours applicable quand la loi n'a pas formellement prononcé cette peine. Nous croirions même que si l'arbitre était légitimement empêché d'effectuer le dépôt en personne, le greffier pourrait recevoir le jugement des mains d'un porteur de procuration notariée.

[[Malgré la simplicité que semble présenter cette question, la controverse ne lui a pas fait défaut ; MM. Boitard, t. 3, p. 462; Bellot, t. 3, p. 273, et Souquet, *Dict. des temps légaux*, v° *Arbitrage*, 25e tabl., 5e col., n° 31, enseignent que la sentence peut être déposée par les parties ou par toute autre personne, l'art. 1020 n'étant nullement limitatif. Cette interprétation d'un texte qui établit une forme de procédure, nous paraît beaucoup trop large. C'est à l'arbitre lui-même, indubitablement, à déposer la sentence et à requérir l'exécutoire, comme l'enseignent tous les autres auteurs (1) ; mais quelle est

---

(1) [Du reste, on ne peut exiger de l'arbitre qu'il fasse l'avance des frais de l'acte de dépôt. Le greffier a seulement un recours contre les parties, à raison de ces frais. *Voy.* notre *Comm. du Tarif*, t. 2, p. 605, n° 25.]

la sanction de l'inaccomplissement de cette formalité? Est-ce l'éventualité d'un refus du greffier, suivant la remarque de M. Carré, ou bien la nullité même de la sentence? M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 733, semble adopter ce dernier avis. M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 678, fait simplement observer qu'il y aurait danger à confier les minutes à un tiers.

Quant à nous, la solution de M. Carré ne nous paraît pas susceptible de faire l'objet d'un doute sérieux. Des raisons légitimes peuvent empêcher les arbitres de s'acquitter de ce devoir, dans le délai si court qui leur est accordé, suivant la remarque de M. GOUBEAU, t. 1, p. 412. Mais d'ailleurs il nous semble impossible de prononcer ici une nullité dont la loi ne parle pas et d'abandonner le sort de la sentence et des intérêts qu'elle régit à la mauvaise volonté ou à la négligence d'un arbitre. La jurisprudence présente dans ce sens plusieurs arrêts : Paris, 28 mai 1810; Turin, 1er mai 1812 (*J. Av.*, t. 16, p. 455 et suiv.), et Poitiers, 21 juin 1836 (*J. Av.*, t. 51, p. 689, DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.2. 278; 4.2.106).]]

3363. ***Le dépôt peut-il être fait par l'un des arbitres et reçu par le greffier du tribunal avant que ce jugement soit enregistré? Le président peut-il le rendre exécutoire avant l'enregistrement?***

Oui, d'après une décision du ministre de la justice du 28 oct. 1818; mais le greffier demeure soumis à l'obligation de fournir au receveur de l'enregistrement, conformément à l'art. 37 de la loi du 22 frim. an VIII, l'extrait du dépôt du jugement, afin que ce préposé puisse suivre le recouvrement des droits à la charge des parties.

La même décision porte que les jugements des parties ne peuvent être déclarés exécutoires par le président ou le juge qui en fait les fonctions, avant qu'ils soient revêtus de la formalité de l'enregistrement. C'est une conséquence de la règle établie par l'art. 47 de la même loi du 22 frimaire.

[[Ces divers points sont, et avec raison, tenus généralement pour certains. *Voy.* M. SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, 25e tabl., 5e col., n° 32.]]

3364. ***Un jugement arbitral serait-il nul, par cela seul qu'il n'aurait pas été déposé dans les trois jours de sa date au greffe du tribunal?***

L'art. 1020 n'ordonne le dépôt qu'à l'effet d'obtenir l'exécution du jugement arbitral; il ne prescrit point ce dépôt à peine de nullité, et l'art. 1028 ne classe point le défaut de ce même dépôt au nombre des cas dans lesquels les parties peuvent demander la nullité de l'acte qualifié *jugement arbitral.*

Nous pensons donc que l'on doit décider pour la négative la question que nous venons de poser, quoique l'on puisse opposer un arrêt de la Cour de Montpellier, qui l'a résolue en un sens absolument contraire.

Au surplus, deux arrêts de celle de Paris, le premier du 11 juill. 1809 (SIREY, t. 12, p. 374), le second du 22 mai 1813, rendu en matière d'arbitrage forcé (*J. Av.*, t. 7, p. 230), ont consacré la doctrine que nous professons.

[[Le seul auteur qui se soit, à notre connaissance, prononcé en faveur de l'arrêt de Montpellier, est M. BELLOT, t. 3, p. 266. Au contraire, l'opinion de M. Carré est approuvée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 203; GOUBEAU, t. 1, p. 411; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 678, et RODIÈRE, t. 3, p. 30, et confirmée par arrêts de Metz, 15 déc. 1815 et 20 nov. 1821 (*J. Av.*, t. 16, p. 455); Grenoble, 1er juin 1831 et 7 déc. 1824 (*J. Av.*, t. 41, p. 698); Cass., 29 nov. 1832 (*J. Av.*, t. 42, p. 682), et de Poitiers, 21 juin 1836 (*ibid.*, t. 51, p. 689). Un arrêt de Lyon, 29 juill. 1824 (*J. Av.*, t. 29, p. 34; (DEVILL., *Collect. nouv.*, 5.2.83; 6.2.487; 7.2.456; 1833, 2.212; 1832, 1.288), repro-

duit la même doctrine, dans le cas où la sentence ne serait déposée au greffe qu'après l'expiration du délai même du compromis.

On conçoit que cette dernière précision est sans importance, puisque la mission des arbitres est épuisée du moment où leur sentence est rendue, et que l'ordonnance d'*exequatur* est un fait indépendant de leur volonté et de leurs attributions. Quant à la question en elle-même, elle ne nous paraît présenter aucune difficulté sérieuse; en exigeant que le rapport ait lieu dans les trois jours, l'intention de la loi est évidemment, non de créer une cause de nullité qu'il dépendrait des arbitres de faire naître, mais de donner aux parties, justement impatientes, le moyen de réclamer le dépôt. Ce droit leur est ouvert trois jours après que la sentence a été rendue. C'est là certainement tout ce que l'art. 1020 a voulu dire.

Remarquons, d'ailleurs, que la loi ne prononce pas de nullité; qu'une telle rigueur, après un si court délai, pour un fait indépendant de la volonté des parties, serait véritablement injuste : nous ne concevons pas qu'il se soit élevé de doutes sur ce point. *Voy.* la *Quest.* 3262, et M. SOUQUET, *Dict. des Temps légaux*, v° *Arbitrage*, 25e tabl. 5e col.]]

ART. 1021. Les jugements arbitraux, même ceux préparatoires, ne pourront être exécutés qu'après l'ordonnance qui sera accordée à cet effet par le président du tribunal, au bas ou en marge de la minute, sans qu'il soit besoin d'en communiquer au ministère public; et sera ladite ordonnance expédiée en suite de l'expédition de la décision.

La connaissance de l'exécution du jugement appartient au tribunal qui a rendu l'ordonnance.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 506, nos 26 à 30. — Notre Dict. gén. de proc., v° *Arbitrage*, nos 421 à 433. — Locré, t. 23, p. 410, n° 11.

QUESTIONS TRAITÉES : En quelle forme doit être demandée l'ordonnance d'*exequatur* ? *Q.* 3364 *bis.* — Le ministère public peut il requérir communication de la sentence arbitrale, lorsqu'il le juge nécessaire ? *Q.* 3264 *ter.* — Quand, par leur compromis, les parties ont formellement dispensé les arbitres de remplir toute *formalité de justice*, l'interlocutoire qu'ils ont rendu peut-il être exécuté sans qu'il soit besoin de le faire préalablement revêtir de l'ordonnance d'exécution? *Q.* 3365. — De ce que l'art. 1021 porte que les arbitres ne peuvent connaître de l'exécution de leurs jugements, s'ensuit-il qu'ils ne puissent recevoir un serment qu'ils auraient ordonné de prêter, ou une caution qu'ils auraient ordonné de fournir ? *Q.* 3366.]

[[**3364** bis. *En quelle forme doit être demandée et rendue l'ordonnance* d'exequatur?

Il n'est pas besoin, pour obtenir cette ordonnance, de présenter requête. Les frais n'en passeraient pas en taxe, même pour les déboursés; l'art. 91, § 19 du Tarif n'alloue à l'avoué qu'une vacation, dont il fixe l'émolument.

Quant à la forme dans laquelle l'ordonnance doit être rendue, la Cour de Poitiers, le 21 mars 1827 (*J. Av.*, t. 33, p. 366), a jugé qu'il n'est pas nécessaire qu'elle soit apposée à la marge de la sentence, mais qu'il suffit de la mettre à la suite de la requête qui serait présentée : il s'agissait, il est vrai, dans l'espèce, de l'application de l'art. 61 du Code de commerce, moins explicite dans ses termes que l'art. 1021, Cod. proc. civ. Nous croyons qu'en matière d'arbitrage volontaire, la forme qu'indique cette dernière disposition doit être rigoureusement suivie, avec d'autant plus de raison que l'ordonnance fait corps avec la décision arbitrale qu'elle rend exécutoire. Tel est aussi l'avis de M. BELLOT, t. 3, p. 307.]]

[[**3364** ter. *Le ministère public peut-il requérir communication de la sentence arbitrale, lorsqu'il le juge nécessaire?*

L'affirmative sur cette question nous paraît indubitable, bien que l'art. 1021 ne rende pas la communication obligatoire, ainsi qu'il est dit sur la *Quest.* 408, t. 1, p. 503, en vertu des motifs développés au n° 3360. Il peut arriver, en effet, que la décision arbitrale admette des principes contraires à des règles d'ordre public, ou que l'ordonnance d'*exequatur* soit requise d'un président incompétent, auquel cas ce dernier doit refuser l'exécution ; si donc une difficulté s'élève à ce sujet, il nous paraît non-seulement licite, mais encore convenable que le ministère public requière communication, ou, sans même qu'il ait besoin de prendre des conclusions, que le président à qui requête a dû être présentée, lui donne connaissance de l'affaire. M. GOUBEAU, t. 1, p. 27, adopte aussi cette opinion.]]

3365. *Quand, par leur compromis, les parties ont formellement dispensé les arbitres de remplir* TOUTE FORMALITÉ DE JUSTICE, *l'interlocutoire qu'ils ont rendu peut-il être exécuté sans qu'il soit besoin de le faire préalablement revêtir de l'ordonnance d'exécution ?*

Il a été jugé par la Cour d'appel d'Aix, le 15 juin 1808 (voy. *Jurispr. sur la procéd.*, t. 3, p. 150, et *J. Av.*, t. 16, p. 467), que les parties ayant, par le compromis, dispensé formellement les arbitres de toute formalité de justice, celles-ci avaient pu exécuter un jugement interlocutoire, sans qu'il eût été préalablement revêtu de l'ordonnance d'exécution ; qu'elles avaient pu, en conséquence, faire entendre des témoins, et qu'une de ces parties venant à révoquer le compromis au moment où le jugement définitif était près d'être rendu, ne pouvait arguer de nullité les actes d'instruction faits contradictoirement avec elle devant les arbitres, et qu'ainsi l'instance devait être portée dans l'état devant les juges ordinaires.

Nous avons dit, sur la *Quest.* 3290, que les jugements interlocutoires n'étaient susceptibles d'exécution qu'autant qu'ils étaient revêtus de l'ordonnance d'exécution, parce que l'art. 1021 l'exige même pour les jugements préparatoires. Mais ici, nous avons à examiner si la dispense des formalités de justice énoncée dans le compromis emporte de plein droit celle de l'ordonnance, de manière que, sur le refus d'une partie d'exécuter l'interlocutoire, il suffit qu'elle eût consenti à ce que l'ordonnance n'y fût pas apposée pour qu'on pût l'y contraindre? Nous ne le pensons pas, parce qu'aucune exécution ne peut être forcée sans l'autorité du magistrat : il résulterait donc seulement de la dispense des formes de justice exprimée dans le compromis, que la partie qui aurait exécuté l'interlocutoire ne pourrait, comme l'a décidé la Cour d'Aix, opposer la nullité du jugement.

[[C'est aussi l'avis de MM. BOITARD, t. 3, p. 467; BELLOT, t. 3, p. 301, et le nôtre. Nous en avons dit les raisons dans nos observations, sous la *Quest.* 3354.]]

3366. *De ce que l'art.* 1021 *porte que les arbitres ne peuvent connaître de l'exécution de leurs jugements, s'ensuit-il qu'ils ne puissent recevoir un serment qu'ils auraient ordonné de prêter, ou une caution qu'ils auraient ordonné de fournir?*

Le serment supplétoire ou décisoire n'est point une exécution du jugement arbitral, mais une condition à l'accomplissement de laquelle sont subordonnés les effets des condamnations que ce jugement prononce.

Les arbitres n'ont véritablement terminé leur mission que lorsqu'ils ont décerné acte de prestation de serment : ils peuvent donc recevoir le serment. On pourrait, à la vérité, opposer l'art. 121, qui veut que le serment soit fait à l'audience, pour que la présence du public et des magistrats retienne celui qui ne craindrait pas peut-être de se parjurer, dans une maison privée.

Mais, d'un côté, la loi n'a point interdit aux arbitres de recevoir le serment; de l'autre, l'art. 120 suppose que le jugement a été rendu par des juges, et autrefois on ne faisait pas de difficulté sur le droit que les arbitres avaient de le recevoir. (*Voy.* Boucher, n° 268, p. 119.)

Quant à la caution, nous pensons que les arbitres qui ont ordonné qu'elle serait fournie ne peuvent procéder à sa réception, parce qu'il intervient un tiers étranger à la compromission, et qu'il peut s'élever sur l'admission de cette caution des contestations qui ne sont point la matière du compromis.

[[Ces diverses décisions nous paraissent incontestables; elles sont reproduites par MM. Goubeau, t. 1, p. 297 ; de Vatimesnil, p. 648, n° 279. M. Rodière, p. 31, partage l'opinion relative au serment; mais il semble aller plus loin, lorsqu'il permet aux arbitres de recevoir les cautions, en tant au moins que cela rentrerait clairement dans l'objet du compromis; cette précision devra se présenter fort rarement.

Voy. notre *Quest.* 3290.]]

Art. 1022. Les jugements arbitraux ne pourront, en aucun cas, être opposés à des tiers.

Cod. civ., art. 1165 et suiv. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Arbitrage*, n°s 414, 417 et 467. — Arm. Dalloz, *cod. verb.*, n°s 869 à 872.

Questions traitées : Résulte-t-il de cette disposition, d'après laquelle les jugements arbitraux ne peuvent, en *aucun cas*, être opposés à des tiers, que ces derniers, si on les opposait, n'aient pas besoin de se pourvoir contre par tierce opposition? *En termes plus généraux :* L'art. 1022 présente-t-il quelques modifications aux règles générales sur l'effet des jugements ordinaires? *Q.* 3367. — Les jugements arbitraux ne peuvent-ils pas être opposés à des tiers sous le rapport qu'ils produiraient hypothèque? *Q.* 3368. — Quels sont les *tiers* proprement dits auxquels s'applique la disposition de l'art. 1022? *Q.* 3368 *bis*. — Le compromis et le jugement arbitral produisent-ils des effets par rapport aux codébiteurs solidaires ou à des cautions qui n'y ont pas été parties? *Q.* 3369 (1).]

DCXI. La loi fait ici l'application aux jugements des arbitres de ce principe de tous les temps, que les jugements n'ont autorité de chose jugée qu'à l'égard des parties entre lesquelles ils ont été rendus : *res judicata jus non facit, quia res inter alios acta, vel judicata, aliis non nocet.* (Cod., tit. 60, lib. 7, loi 1, *de except. rei judic.*, et argum. de l'art. 1351, Cod. civ. ; mais *voy.* la question suivante.)

3367. *Résulte-t-il de cette disposition, d'après laquelle les jugements arbitraux ne peuvent, en* aucun cas, *être opposés à des tiers, que ces derniers, si on les opposait, n'aient pas besoin de se pouvoir contre par tierce opposition?*

[[En termes plus généraux : *L'art.* 1022 *présente-t-il quelques modifications aux règles générales sur l'effet des jugements ordinaires?*]]

Tous les auteurs maintiennent l'affirmative de cette question, comme nous

---

(1) Jurisprudence.

[Nous pensons que :

Des héritiers à réserve n'ont pas droit de former tierce opposition à une sentence arbitrale rendue par des arbitres amiables compositeurs, sous prétexte que ce n'est qu'une transaction déguisée, consentie par leur auteur, à l'effet d'outre-passer la quotité disponible. Paris, 27 août 1827. (*Gaz. des Trib.* du 30 août.)]

l'avions fait, n° 3069 de l'*Analyse*, nonobstant les arrêts de la Cour de cassation qui, avant la publication du Code de procédure, avait décidé le contraire.

Le motif de cette opinion est fondé sur ce que les juges qui ont rendu la décision arbitrale, sont du choix des parties entre lesquelles la contestation a existé. Or, on ne peut, puisque, d'après l'art. 475, la tierce opposition doit être portée devant ceux qui ont rendu le jugement attaqué, forcer des tiers à recevoir pour juges des personnes qu'ils n'entendent point avoir pour arbitres.

Cette solution s'applique même aux jugements rendus en matière de société commerciale, encore bien que les arbitres institués en pareille matière aient une juridiction légale et parallèle à celle des tribunaux de commerce; car cette juridiction est momentanée et cesse par l'accomplissement du mandat conféré aux arbitres, tandis que celle des tribunaux de commerce est actuelle, permanente. et n'a point de terme prévu à sa durée.

D'ailleurs, comme le remarque M. MERSON, p. 103, ne pourrait-il pas arriver qu'au moment où le jugement arbitral serait attaqué par voie de tierce opposition, il y eût quelque empêchement physique de la part d'un ou de plusieurs des arbitres qui l'auraient prononcé, de procéder sur ce pourvoi? Celui qui l'aurait formé serait autorisé à provoquer la nomination de nouveaux arbitres; mais alors il y aurait violation de la loi, qui veut que la tierce opposition soit portée devant les juges qui ont rendu le jugement attaqué.

Dirait-on qu'en tous les cas, la tierce opposition pourrait être portée devant le tribunal qui eût connu de la contestation, s'il n'y avait pas eu d'arbitrage, soit volontaire, soit forcé? Ce serait violer l'art. 1022, en ce qu'il dispose *qu'en aucun cas*, un jugement arbitral ne peut être opposé à des tiers, et, d'un autre côté, aucune disposition du Code de procédure ne porte, comme l'art. 1026, à l'égard de la requête civile, que la tierce opposition sera portée devant le tribunal qui eût été compétent pour connaître de l'appel.

Il suit de là, à notre avis, que le tiers contre lequel on entendrait se prévaloir d'une décision arbitrale, n'a pas besoin de l'attaquer et d'en discuter le mérite en ce qui l'intéresse : il suffit, soit qu'il se pourvoie par action principale, à l'effet de faire juger qu'elle ne peut lui être opposée, soit qu'il prenne par exception des conclusions à cet effet, s'il était assigné à fin de condamnation à exécuter ce dernier jugement, qu'il arrête cette exécution par une déclaration sur tout acte qui lui serait signifié à cette fin.

Aussi, non-seulement un tiers n'est pas obligé à se pouvoir par tierce opposition, contre un jugement arbitral, mais il n'y serait pas recevable, de même qu'il ne le serait pas, comme l'a jugé la Cour d'Aix, par arrêt du 3 fév. 1817 (*J. Av.*, t. 16, p. 531), à se pouvoir par opposition à l'ordonnance d'*exequatur*, afin de faire prononcer la nullité d'un semblable décision. (*Voy.* S. 15.2. 415 [[et notre *Quest.* 3389 *bis*.)]]

[[La doctrine de M. Carré est reproduite par MM. MONGALVY, p. 250, n° 323; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 680; DE VATIMESNIL, p. 649, n° 281; DEVILLENEUVE et MASSÉ, v° *Arbitrage*, n° 128; BELLOT, t. 3, p. 336, et RODIÈRE, t. 3, p. 38; nous l'avons nous-même adoptée, sous la *Quest.* 1708, t. 4, p. 262, en ce qui concerne les sentences émanées d'arbitres volontaires.

M. BOITARD, t. 3, p. 469, soutient au contraire que l'art. 1022 ne présente aucun caractère particulier, qu'il ne fait que reproduire, pour les décisions arbitrales, ce qui est vrai à l'égard de tous les jugements.

Sans doute la maxime citée par M. Carré, *res inter alios acta neque nocere, neque prodesse potest*, est d'une application universelle, et si l'art. 1022 n'en était que la traduction littérale, ce serait évidemment une disposition inutile. C'est donc moins à raison de ce principe en lui-même que du caractère spécial de l'arbitrage qu'il faut admettre une dérogation aux règles ordinaires, en ce qui concerne la tierce opposition. Si cette dernière voie est interdite dans

cette matière, c'est parce que la sentence est émanée de juges du choix des parties, et dont les pouvoirs sont limités à un temps assez court.

Telle est du reste la seule exception aux règles générales qui résultent des termes de l'art. 1022. M. Thomine Desmazures, *loco citato*, croit en trouver une autre : c'est que les tiers ne seraient point admis à intervenir devant les arbitres. Nous ne pensons pas qu'ils aient besoin de le faire, ni qu'ils puissent, en aucun cas, y être forcés : mais cela tient encore, non à l'art. 1022, en lui-même, mais uniquement à ce que ceux-là seuls sont soumis aux effets du jugement qui ont signé le compromis; d'où il suit que si des tiers interviennent dans l'instance, le jugement rendu d'un consentement commun oblige toutes les parties.

Mais si l'art. 1022 ne comporte pas un sens différent de celui de la maxime précitée, cela doit être vrai de toutes les manières. Il est donc certain, suivant la remarque de M. Thomine Desmazures, *loco citato*, que des tiers ont le droit de se prévaloir des aveux et déclarations faits par les parties devant les arbitres. De même, comme l'a jugé la Cour de cassation, le 21 fév. 1827 (*J. Av.*, t. 34 p. 96), la sentence arbitrale peut servir de base à la prescription de 10 et 20 ans, encore bien que le véritable propriétaire n'ait pas été partie dans l'instance; car tel serait aussi l'effet d'un jugement ordinaire.]]

3368. *Les jugements arbitraux ne peuvent-ils pas être opposés à des tiers sous le rapport qu'ils produiraient hypothèque ?*

D'après l'art. 2123, Cod. civ., ces jugements confèrent hypothèque lorsqu'ils sont revêtus de l'ordonnance d'exécution. Sous ce rapport, ils peuvent être opposés à des tiers, à raison de l'inscription prise par ceux qui les auraient obtenus.

[[Tel est aussi le sentiment de MM. Mongalvy, p. 251, n° 325; Favard de Langlade, t. 1, p. 203; Bellot, t. 3, p. 325; Devilleneuve et Massé, v° *Arbitrage*, n° 129. En reproduisant l'opinion de M. Carré, M. Thomine Desmazures, t. 2, p. 680, après Pigeau, t. 1, tit. 3, § 17, fait observer que la sentence arbitrale n'emporte pas hypothèque tant qu'elle n'est pas revêtue de l'ordonnance d'*exequatur;* que, par conséquent, l'inscription prise avant l'obtention de cette ordonnance serait de nul effet. *Voy.* l'opinion conforme de M. Souquet, v° *Arbitrage*, au 25e tabl., 5e col., n° 38. M. de Vatimesnil, p. 648, n° 280, ajoute également que, quoique le jugement produise, en ce cas, un résultat à l'encontre de tiers, ce n'est pas par la voie de la tierce opposition que ceux-ci doivent l'attaquer, mais bien par action directe, comme tout ce qui préjudicie à leurs droits : toutes ces décisions ne souffrent pas de difficulté.]]

[[**3368** bis. *Quels sont les tiers proprement dits auxquels s'applique la disposition de l'art.* 1022?

Les parties qui ont signé le compromis et qui se sont soumises à la juridiction des arbitres sont, avec les personnes qu'elles représentent, les seules qui soient liées par le jugement. Les autres sont considérées comme *tiers*, et la sentence rendue ne produit, par conséquent, aucun effet à leur égard. C'est là un principe incontestable, et qui simplifie beaucoup, en matière d'arbitrage, les difficultés auxquelles donne souvent lieu la véritable acception de ce mot. Une participation au compromis, nécessairement constatée par la signature, tel est le caractère auquel se reconnaissent les parties soumises à la décision arbitrale.

La Cour de cassation, le 8 août 1825 (*J. Av.*, t. 30, p. 62; Devill., *Collect. nouv.*, 8.1.170), a fait une juste application de ce principe en déclarant que, lorsqu'il intervient, sur un compromis signé seulement de quelques associés, un

jugement qui condamne la société au paiement d'une somme quelconque, la condamnation n'est valable que par rapport aux signataires. Il peut même se présenter un cas où tous ceux qui ont souscrit le compromis ne sont pas in-indistinctement tenus : c'est celui où le compromis venant à expirer avant que la sentence n'ait été prononcée, quelques-uns des compromettants consentent seuls à en proroger l'effet. Les autres deviennent alors des tiers proprement dits, et peuvent évidemment se prévaloir du bénéfice de l'art. 1022. C'est ce qu'a jugé un autre arrêt de Cassation du 18 août 1819 (*J. Av.*, t. 7, p. 48).

Du reste, c'est avec raison que la Cour d'Orléans, le 24 fév. 1827 (*Gaz. des Trib.* du 5 mars), a décidé qu'un créancier ne peut invoquer ce même article pour faire tomber une sentence arbitrale rendue contre son débiteur; ce qui n'implique pas, comme paraît l'admettre l'arrêt, que le créancier n'est point un tiers proprement dit : il est, au contraire, tout à fait étranger au jugement; mais il ne l'est pas moins à la personne de la partie qui a succombé, aux droits de laquelle il peut seulement, dans certains cas, obtenir d'être subrogé. Leur intérêt n'étant pas forcément identique, il n'est pas permis au créancier de détourner le coup dont est menacé son débiteur, sous le prétexte qu'il serait lui-même indirectement atteint. C'est là le motif qui justifie la décision rapportée. Nous devons d'ailleurs renvoyer aux *Quest.* 1709 et suivantes, que nous avons traitées au titre de la Tierce opposition.]]

3369. *Le compromis et le jugement arbitral produisent-ils des effets par rapport aux codébiteurs solidaires ou à des cautions qui n'y ont pas été parties?*

Non, disent les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 400, une sentence arbitrale ne ne pourrait jamais être opposée aux codébiteurs du débiteur condamné ni à la caution. Cette réponse nous paraît fondée sur le principe posé dans l'art. 1165, Cod. civ., que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; or, le jugement arbitral n'est rendu que par suite de la convention des compromissionnaires.

Néanmoins, les auteurs du *Praticien* estiment que le compromis interromprait la prescription à l'égard de tous; ils citent à l'appui de cette opinion les art. 1206, 2249 et 2250, Cod. civ., et conséquemment assimilent le compromis aux *poursuites* et *interpellations judiciaires* auxquelles ces trois articles attachent l'effet d'interrompre la prescription; et en effet, le compromis constitue véritablement une poursuite de la part des créanciers, et remplace l'interpellation judiciaire qu'il aurait faite en donnant citation.

Les mêmes auteurs ajoutent avec raison que si le débiteur obtenait gain de cause par le jugement arbitral, et que la dette fût déclarée acquittée, ses codébiteurs et ses cautions seraient ainsi libérés, d'après les art. 1108, 1281, 1287, 1365 et 2036, Cod. civ.

[[M. Mongalvy va plus loin : il soutient que l'intérêt du débiteur principal et celui de la caution étant identiques, le jugement rendu contre le premier est censé également rendu contre le second. Cette opinion, qui s'écarte manifestement des termes de l'art. 1022, est restée isolée. Celle de M. Carré et les tempéraments qu'il y apporte ont, au contraire, été adoptés par MM. Thomine Desmazures, t. 2, p. 680; de Vatimesnil, p. 619, n° 282; Devilleneuve et Massé, v° *Arbitrage*, n° 130, et Bellot, t. 3, p. 328.]]

Art. 1023. L'appel des jugements arbitraux sera porté, savoir : devant les tribunaux de première instance pour les matières qui, s'il n'y eût point eu d'arbitrage, eussent été, soit en premier, soit en

dernier ressort, de la compétence des juges de paix ; et devant les Cours d'appel, pour les matières qui eussent été, soit en premier, soit en dernier ressort, de la compétence des tribunaux de première instance.

[Notre Comment. du Tarif, t. 2, p. 506, n° 33.] — Edit de François II, du mois d'août 1560. — Cod proc. civ., art. 135, 449, 457, 471, 1010, 1026, 1028, *in fine*. — [Notre Dict. gen de proc., v° *Arbitrage*, n°s 281 et 495 à 503. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n°s 1019 à 1033. — Devilleneuve, *eod. verb*, n°s 114, 127 à 130 — Locré, t. 23, p. 393, n° 10 ; p. 410, n° 12, et p. 436, n° 4.

QUESTIONS TRAITÉES : En quel tribunal serait porté l'appel d'une sentence arbitrale, si l'affaire était de la compétence d'un conseil de prud'hommes ? *Q.* 3370. — Le droit d'appeler est-il ouvert contre les sentences arbitrales rendues en des matières où ce même droit serait interdit, si la contestation avait été portée devant le tribunal compétent ? *Q.* 3370 *bis*. — Quel est le tribunal ou la Cour devant laquelle doit être porté l'appel d'une sentence arbitrale ? Les parties sont-elles libres d'en désigner une autre ? *Q.* 3370 *ter*. — Les délais de l'appel courent-ils du jour où la sentence arbitrale a été rendue, ou bien de celui où elle a été revêtue de l'ordonnance d'*exequatur* ? *Q.* 3370 *quater* (1).]

3370. *En quel tribunal serait porté l'appel d'une sentence arbitrale, si l'affaire était de la compétence d'un conseil de prud'hommes ?*

L'appel serait porté devant le tribunal de commerce, puisque l'art. 27 du décret du 11 juin 1809, contenant règlement sur les conseils de prud'hommes, porte que les jugements qu'ils rendent sont sujets à l'appel devant ce tribunal.

[[Cette décision est exacte, comme le reconnaissent MM. DE VATIMESNIL, p. 653, n° 295 ; BELLOT, t. 3, p. 373, et RODIÈRE, t. 3, p. 33.]]

[[**3370** bis. *Le droit d'appeler est-il ouvert contre les sentences arbitrales rendues en des matières où ce même droit serait interdit, si la contestation avait été portée devant le tribunal compétent ?*

MM. MONGALVY, p. 253, n° 328, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 662 et 663, soutiennent que, dans ce cas, l'appel est non recevable, et l'on peut induire la même doctrine d'un arrêt de Lyon du 21 avril 1833 (*J. Av.*, t. 25, p. 100), rendu d'ailleurs en matière d'arbitrage forcé.

Nous avons peine à concevoir qu'une telle opinion ait été adoptée, en présence des termes formels de l'art. 1023 : « L'appel des jugements arbitraux « sera porté, savoir : pour les matières qui, s'il n'y eût pas eu d'arbitrage, eussent « été, *soit en premier, soit en dernier ressort*, de la compétence, etc.

Evidemment, la loi suppose ici qu'en matière d'arbitrage les règles ordinaires du dernier ressort ne sont plus applicables, et que l'appel est toujours admissible, sauf dans le cas où les parties y auraient par avance renoncé.

C'est aussi ce qu'enseignent MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 722 ; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 204 ; BOITARD, t. 3, p. 429 et 473 ; DE VATIMESNIL, p. 650, n° 286 ; DEVILLENEUVE et MASSÉ, v° *Arbitrage*, n° 208, et RODIÈRE, t. 3, p. 32 et 33, et ce qu'ont jugé les Cours de Rennes, 15 avril 1815 (*J. Av.*, t. 11, p. 149 ;

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° L'appel d'un jugement arbitral peut être interjeté dans la huitaine de la signification, quoique ce jugement ait été rendu par défaut. Nîmes, 10 fév. 1809 (*J. Av.*, t. 16, p. 469) ;

2° Le jugement par lequel des arbitres ordonnent à une partie de servir des réponses dans un certain délai, et qui joint au fond une demande incidente, n'est qu'un jugement préparatoire ; l'appel n'en est pas recevable. Rennes, 23 sept. 1816 (*J. Av.*, t. 16, p. 530) ;

3° Les appels de sentences arbitrales doivent être instruits, non comme affaires sommaires, mais comme matières ordinaires. Paris, 4 juill. 1827 (*Gaz. des Trib.* n° du 7 juillet).]

Toulouse, 5 mars 1825, et Bordeaux, 13 janv. 1827 (*J. P.*, 3ᵉ éd., t. 19, p. 271, et t. 21, p. 49; DEVILL., *Collect. nouv.*, 8.2.46). Ce qui doit dissiper toute espèce de doute sur l'intention réelle du législateur, c'est la discussion qui s'éleva sur l'art. 1023, lors de la confection du titre de l'arbitrage. La rédaction primitive était loin d'offrir la précision et la clarté de celle qui fut définitivement adoptée. Elle était ainsi conçue : « L'appel des jugements arbitraux... sera porté au « tribunal de première instance, si l'objet est de nature à y être jugé en der- « nier ressort, sinon au tribunal d'appel. »

Lors de la discussion au conseil d'État, on ne s'expliqua pas sur le point de savoir s'il y aurait lieu à l'appel dans les affaires arbitrales susceptibles, par leur nature, d'un seul degré de juridiction. Le chancelier Cambacérès se contenta de demander que l'instance, dans les cas où l'appel est autorisé, fût toujours portée devant les Cours royales; c'est en ce sens que fut votée une nouvelle rédaction. Mais une suite d'observations du Tribunat, précises et détaillées, vint bientôt soulever la question que nous discutons ici. Le système qu'elles tendaient à faire prévaloir se résume clairement dans le texte de l'article présenté par cette assemblée : « L'appel des jugements arbitraux ne sera pas recevable, « si la matière n'en était pas susceptible, d'après les règles de compétence.... « Dans tous les cas, il sera porté exclusivement devant les Cours d'appel. »

Non-seulement le conseil d'État n'adopta point cette rédaction, qui abondait dans le sens de MM. Mongalvy et Thomine Desmazures, mais encore il remplaça la première, qui ne lui parut pas assez explicite, par le texte de l'art. 1023 que nous avons ci-dessus rapporté.

Quant aux motifs qui ont dicté cette disposition, ils sont la conséquence des principes que nous avons émis, notamment sur la *Quest.* 3288, relativement à la qualité des arbitres. Ceux-ci ne sont ni juges civils, ni juges commerciaux, ni juges de paix ; ils ont leurs règles, leurs devoirs, leur compétence propres; ils remplissent le plus souvent un ministère de transaction : et, d'ailleurs, que d'inconvénients n'entraînerait pas un système contraire! Veut-on qu'ils jugent définitivement les affaires d'une valeur moindre de 1500 francs? c'est le dernier ressort des tribunaux civils; mais celui des juges de paix s'arrête à 100 fr. Est-ce à dire que si telle est la valeur du litige sur lequel il est compromis, les arbitres ne jugeront qu'à la charge d'appel? Ce serait une contradiction palpable : la raison pas plus que la loi ne permet d'appliquer à l'arbitrage les règles ordinaires de compétence.

Il semble, toutefois, assez difficile de concilier avec ces idées la distinction établie entre les tribunaux qui connaîtront de l'appel, suivant la nature de l'affaire soumise aux arbitres. Si, effectivement, ceux-ci ne sont ni juges de paix, ni magistrats de première instance, pourquoi établir des règles différentes, suivant l'importance des contestations portées devant eux? Pourquoi renoncer à la rédaction proposée au conseil d'État par le chancelier Cambacérès? Ce changement s'explique par des raisons de simple convenance. On a pensé qu'attribuer aux Cours royales la connaissance de toutes les affaires jugées par les arbitres, ce serait employer mal à propos, pour le jugement de contestations souvent minimes, le temps et les lumières des magistrats supérieurs.]]

[[**3370** ter. *Quel est le tribunal ou la Cour devant laquelle doit être porté l'appel d'une sentence arbitrale? Les parties sont-elles libres d'en désigner une autre?*

« Les parties, dit M. Carré, à la suite de sa décision sur la *Quest.* 3370 (1),

(1) [Nous avons cru devoir détacher cet alinéa de la *Quest.* 3370, avec laquelle il n'a aucun rapport, et ne se trouve réuni que par une inadvertance évidente.]

peuvent stipuler que l'appel sera porté à tel tribunal qu'elles jugent convenable de choisir, pourvu toutefois qu'il fût compétent, à raison de la matière et de la valeur litigieuse, comme juge d'appel. Ainsi, dans un compromis sur une matière excédant 1000 fr., on ne pourrait convenir que l'appel serait déféré à des juges d'arrondissement. (Turin, 9 juill. 1808, Sirey, t. 12, p. 113, et *J. C. S.* t. 3, p. 114.) »

Comme on le voit, M. Carré admet en principe le droit des parties de désigner le tribunal ou la Cour devant laquelle devra être porté l'appel de la sentence, et il n'admet d'exception à cette règle que lorsqu'il s'agit des principes de compétence à raison de la matière.

Tel est aussi le sentiment de MM. Thomine Desmazures, t. 2, p. 681, et Boitard, t. 3, p. 474. Ce dernier auteur enseigne que les parties peuvent également convenir d'interjeter appel devant un nouveau tribunal arbitral, pourvu qu'elles en désignent d'avance les membres, conformément au vœu de l'art. 1006. M. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 735, va plus loin encore : d'après lui, l'appel sera valablement porté devant le tribunal de première instance, lors même que l'objet du compromis excèderait le taux de 1000 fr., aujourd'hui de 1500 fr. En d'autres termes, les parties sont maîtresses de choisir le tribunal qui doit connaître de leur appel, dans tous les rangs de la magistrature, et s'affranchir aussi bien des règles de compétence à raison de la matière que de celles de la compétence à raison de la personne.

M. Bellot, t. 3, p. 373, paraît adopter la solution de M. Carré. Seulement, comme, d'après cet auteur, l'ordonnance d'*exequatur* est attributive de juridiction, les parties ne pourraient, après qu'elle a été rendue, interjeter appel devant un autre tribunal que celui dont le président a rendu la sentence exécutoire, ou devant une autre Cour que celle au ressort de laquelle appartient ce tribunal. Mais M. Bellot reconnaît en même temps que les parties sont libres, pour l'obtention de cette ordonnance, de s'adresser au tribunal qui leur convient le mieux.

Une autre opinion s'est formulée, qui, en aucun cas, n'admet les parties à déroger à l'ordre naturel des juridictions, résultant des règles ordinaires de compétence : c'est celle de MM. Mongalvy, p. 258, n° 336, et de Vatimesnil, p. 652, n° 294.

Au milieu de ces divergences d'idées, quelques explications nous semblent nécessaires pour l'intelligence de la solution que nous croyons devoir adopter.

D'abord, il résulte clairement, selon nous, de la combinaison des art. 1020 et 1023, qu'en principe le tribunal ou la Cour devant lesquels l'appel doit être porté, sont le tribunal dans le ressort duquel la sentence a été obtenue, et la Cour dans le ressort de laquelle est établi ce tribunal.

La rédaction primitive de l'art. 1023 ne laissait aucun doute sur ce point : « L'appel, disait cet article, sera recevable s'il est intenté dans les délais et « suivant les formes ci-dessus réglées, et *il sera porté au tribunal de première « instance, qui a dû ordonner l'exécution.* » Ces termes, il est vrai, ont disparu dans le remaniement que dut subir la disposition, par suite des changements dont nous avons parlé sur la question précédente. Mais il est évident que l'intention du législateur n'a point changé, en ce qui concerne le tribunal qui doit connaître de l'appel.

Cela posé, les parties peuvent-elles faire fléchir à leur gré les règles de juridiction ? A l'égard des principes de compétence *ratione materiæ*, la négative nous paraît incontestable, nonobstant l'autorité de M. Pigeau. Cet auteur, qui fonde sa décision sur ce qu'il est permis de constituer en juge de dernier ressort un tribunal de première instance, équivoque évidemment sur les termes : on a bien soutenu que les parties étaient en droit de renoncer d'avance à l'appel, de se tenir pour satisfaites d'un premier jugement (*voy.* notre *Quest.* 1631);

mais, quelle que soit la valeur de cette doctrine, on n'a jamais soutenu la possibilité de soumettre à un tribunal de première instance l'appel exclusivement dévolu aux Cours royales. D'ailleurs, les termes de l'art. 1023 sont formels, et la Cour de Colmar, dans un arrêt du 29 mai 1813, cité sur la *Quest.* 3385, en a conclu avec raison que, lorsqu'une décision arbitrale a été revêtue de l'ordonnance d'exequatur, elle doit être assimilée à un jugement de première instance, et ne peut être attaquée qu'en cette qualité.

La question de savoir si les parties ont le droit de convenir qu'elles porteront leur appel devant un tribunal, une Cour autres que ceux de l'exécution, peut paraître plus délicate. Néanmoins, nous adopterons encore la négative sur ce point. En vain M. Boitard objecte-t-il qu'il serait permis, comme nous le pensons avec lui, aux compromettants de désigner par avance des arbitres pour connaître de leur appel : on ne peut induire de là qu'il est également permis de désigner un tribunal étranger, à raison du domicile, à l'exécution de la sentence : ce ne serait pas comme second degré d'arbitrage, puisqu'il est interdit de prendre pour arbitres des magistrats en corps, dans l'exercice de leurs fonctions, ainsi que nous l'avons dit sur la *Quest.* 3260. Il semble résulter de ces observations que la convention dont nous venons de parler doit être dans tous les cas réputée nulle et sans effet. Toutefois il convient de rappeler ici que la nullité résultant de l'incompétence *ratione personæ* n'est ni absolue, ni d'ordre public, et qu'elle se couvre par le silence des parties; à plus forte raison par la renonciation résultant d'un accord commun.

Du reste, il importe peu, selon nous, que la sentence ait été revêtue de l'ordonnance d'*exequatur*. L'appel en cela n'a rien de commun avec l'opposition en nullité, qui doit toujours être portée au tribunal dont le président a rendu cette ordonnance. Si donc la sentence a été rendue exécutoire dans le ressort d'un autre tribunal que celui qui doit connaître de l'appel, les règles de compétence en cette matière ne subissent aucun changement à raison de ce fait, comme l'a jugé la Cour de Caen, le 21 mai 1827 (*J. Av.*, t. 37, p. 103). La précision de M. Bellot ne nous paraît donc nullement fondée.

Toutefois une nouvelle difficulté se présente, dans le cas où l'une des parties, nonobstant la convention mutuelle, se déciderait à porter l'instance d'appel devant le tribunal compétent à raison de la situation, et où l'autre partie lui opposerait leur premier accord. Tout consiste à savoir alors si chacun des contractants est lié par un engagement qui déroge aux règles de juridiction, question importante qui trouve sa solution sous le n° 1676, t. 4, p. 178.]]

[[**3370** quater. *Les délais de l'appel courent-ils du jour où la sentence arbitrale a été rendue, ou bien de celui où elle a été revêtue de l'ordonnance d'*EXEQUATUR?

On sait qu'il existe, en matière d'appel, deux délais dont l'objet est différent; le premier, de huit jours, pendant lesquels l'appel ne peut être interjeté (art. 449); l'autre, de trois mois, dans lequel il doit être dénoncé, à peine de déchéance (art. 444). En ce qui concerne ce second délai, il est évident qu'il ne court, ici comme en toute autre matière, que du jour de la signification, laquelle suppose nécessairement que la sentence a été revêtue de l'ordonnance d'*exequatur*. La Cour d'Aix, 22 mai 1828 (S., 28.2.269), a cependant jugé qu'il est permis d'appeler de la sentence, avant qu'elle soit revêtue de l'ordonnance : Mais nous ne croyons pas que cette décision, combattue également par M. BELLOT, t. 3, p. 411, soit bien fondée, puisque l'appel ne peut être dirigé que contre un jugement proprement dit, et que la sentence arbitrale ne doit être considérée comme telle que lorsqu'elle a été rendue exécutoire.

M. Souquet, dans son *Dict. des temps légaux*, au 26e tabl., 5e col., n° 55, adopte la doctrine consacrée par l'arrêt de la Cour d'Aix.

Quant au période de huitaine, pendant lequel l'appel ne peut être interjeté, la Cour de cassation, 14 vend. an X (*J. Av.*, t. 16, p. 147), a jugé qu'il commençait au moment où la sentence a été rendue, et non à celui où l'*exequatur* a été obtenu, et sa décision est approuvée par MM. Goubeau, t. 1, p. 529; Mongalvy, p. 234, n° 231; de Vatimesnil, p. 652, n° 293, et Bellot, t. 3, p. 396; il n'y a effectivement nulle analogie entre cette hypothèse et celle que nous venons d'examiner. La raison pour laquelle le législateur défend à la partie d'interjeter immédiatement appel de la décision qui la condamne, c'est la crainte qu'il n'agisse dans les premiers instants plutôt par colère que par réflexion, et ce point de départ, c'est le moment où la sentence a été rendue. Aussi pensons-nous que l'appel serait recevable, bien qu'interjeté moins de huit jours depuis l'ordonnance, mais plus de huitaine après le jugement.

Nous n'entendons du reste ni préjuger ici la question assez délicate que traite M. Carré, sous le n° 3382, ni traiter de nouveau les difficultés relatives au point de départ du délai de l'appel, à son expiration, à son interruption, etc. (*Voy.* nos questions sur l'art. 443.)]]

Art. 1024. Les règles sur l'exécution provisoire des jugements des tribunaux sont applicables aux jugements arbitraux.

Voy. art. 135, 157, 457 et 458. — [Arm. Dalloz, v° *Arbitrage*, nos 927 à 934.]

Art. 1025. Si l'appel est rejeté, l'appelant sera condamné à la même amende que s'il s'agissait d'un jugement des tribunaux ordinaires.

Voy. art. 471.

Art. 1026. La requête civile pourra être prise contre les jugements arbitraux, dans les délais, formes et cas ci-devant désignés pour les jugements des tribunaux ordinaires.

Elle sera portée devant le tribunal qui eût été compétent pour connaître de l'appel.

Voy. *suprà*, titre de la Requête civile, et particulièrement les art. 480, 483, 492, 493, 494, 495, 499 et 500; *voy.* aussi les art. 1023 et 1028, *in fine.*

Art. 1027. Ne pourront cependant être proposées pour ouvertures;

1° L'inobservation des formes ordinaires, si les parties n'en étaient autrement convenues, ainsi qu'il est dit en l'article 1009;

2° Le moyen résultant de ce qu'il aura été prononcé sur choses non demandées, sauf à se pourvoir en nullité, suivant l'article ci-après.

Cod. proc. civ., art. 480, 1009 et 1028. — [Notre Dict. gén. de proc. v° *Arbitrage*, nos 58, 463, 486 à 490, 505 et 514. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, nos 1057 à 1068. — Locré, t. 23, p. 410, n° 12, Questions traitées: Ces mots de l'art 1027 : *Sauf à se pourvoir en nullité suivant l'article ci après*, s'appliquent-ils tant à l'inobservation des formes ordinaires qu'au cas où il aurait été prononcé sur choses non demandées, en sorte que l'on puisse se pourvoir en nullité dans l'un et l'autre cas? *Q.* 3371. — Est-il permis de renoncer par avance dans le compromis à la voie de la requête civile? *Q.* 3371 *bis.* — Un jugement arbitral peut-il être attaqué par voie de requête civile,

lorsque, dans le compromis, les parties ont déclaré que le jugement à intervenir aurait force de transaction sur procès? *Q.* 3372. — La solution de la précédente question s'applique-t-elle au jugement rendu en matière d'arbitrage forcé? *Q.* 3373 — Y aurait-il lieu à requête civile soit dans le cas où il aurait été adjugé à une partie plus qu'elle n'avait demandé, soit dans celui où il aurait été omis de statuer sur quelques chefs de ses conclusions? *Q.* 3373 *bis*. — Devant quel tribunal doit être porté le débat, lorsque l'effet de la requête civile a été d'anéantir la sentence arbitrale? *Q.* 3373 *ter*.]

3371. *Ces mots de l'art.* 1027, SAUF A SE POURVOIR EN NULLITÉ, SUIVANT L'ARTICLE CI-APRÈS, *s'appliquent-ils tant à l'inobservation des formes ordinaires qu'au cas où il aurait été prononcé sur choses non demandées, en sorte que l'on puisse se pourvoir en nullité dans l'un et l'autre cas?*

Il faut répondre, d'après un arrêt de la Cour de cassation, rapporté par DENEVERS, 1810, p. 559, que l'art. 1027 ne renvoie à l'art. 1028 que pour le second cas prévu par le premier, c'est-à dire pour le moyen résultant de ce qu'il aurait été prononcé sur choses non demandées.

En effet, ce cas est au nombre de ceux nommément désignés dans l'art. 1028; mais le premier, que l'art. 1027 énonce, celui de l'inobservation des formes ordinaires, ne se trouve pas compris parmi ceux indiqués par l'art. 1028. Or, le législateur n'aurait pas manqué de le comprendre dans cet article, ou l'autre n'y eût pas été inséré, s'il avait entendu que tous les deux donneraient ouverture à requête civile.

On ne peut donc se pourvoir ni par requête civile ni par nullité, pour inobservation des formes ordinaires.

[[Bien qu'au premier abord la contexture de l'art. 1027 paraisse ne laisser aucun doute sur l'exactitude de la solution de M. Carré, certaines expressions un peu équivoques de ce même article, et l'interprétation que leur ont donnée divers auteurs ont agrandi la difficulté, et nécessitent pour sa solution des développements assez étendus.

« Ne pourront être proposées pour ouvertures, dit l'art. 1027..., l'inobservation des formes ordinaires, *si les parties n'en étaient autrement convenues, ainsi qu'il est dit en l'art.* 1009. » Que signifient ces dernières expressions? Quelle est la portée de la disposition qu'elles contiennent?

Voici d'abord l'interprétation de M. MONGALVY, p. 260, n° 342 : « L'inobservation des formes de procéder ne donne pas ouverture à requête civile, si les parties ne sont pas convenues dans le compromis que les arbitres ne seraient pas obligés de suivre ces formes. Il n'y a lieu dans ce cas qu'à demander la nullité de l'acte qualifié jugement. » D'où il suit sans nul doute que si, d'après le compromis, les arbitres sont dispensés de suivre les règles ordinaires, nul grief ne peut leur être imputé à raison de cette inobservation. Dans le cas contraire, il n'y a pas lieu à requête civile, mais à la demande en nullité dont parle l'art. 1028.

C'est aussi pour cette dernière voie que se prononce M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 715, sur ce fondement qu'en s'écartant des formes de procédure qu'ils étaient obligés de suivre, les arbitres ont jugé hors des termes du compromis, hypothèse qui rentre dans le premier moyen de nullité de l'art. 1028. M. BOITARD, t. 3, p. 479, est entré dans des développements étendus à l'appui du même système: les expressions précitées de l'article signifient, selon lui, que le vice résultant de l'inobservation des formes que les arbitres étaient astreints à suivre, permet d'attaquer le jugement arbitral, mais non par la requête civile et c'est ce qu'a voulu dire le 1er alinéa de l'art. 1027, en dérogeant à la règle générale portée dans la disposition précédente.

Il n'est pas aussi facile de saisir l'interprétation de M. BELLOT, t. 3, p. 469. En voici le résumé : l'inobservation des formes ordinaires vicie la sentence, *si les parties n'en sont autrement convenues*; toutefois, il n'y a pas lieu à requête

civile dans deux cas : 1° lorsque les parties n'ont pas expressément renoncé à ce moyen de nullité; 2° lorsque, à défaut de renonciation, la loi a substitué à la requête civile une autre voie de recours. Or, ici, ajoute M. Bellot, c'est l'action en nullité qu'elle établit, ce que cet auteur prouve au moyen d'arguments qui sont loin de nous paraître concluants.

La conséquence de ces diverses interprétations, est, comme on le voit, 1° qu'il n'y a pas de recours à raison de l'inobservation des formes de procédure, lorsque les arbitres étaient dispensés de les suivre ; tous les auteurs sont unanimes sur ce point; 2° qu'à défaut de cette dispense, le même vice donne lieu non pas à requête civile, mais à la voie particulière établie par l'art. 1028. La raison déterminante de cette décision, c'est que ces termes : *si les parties n'en étaient autrement convenues,* paraissent, dans le cas prévu, exclure la requête civile, et alors, une voie de recours étant indispensable, les auteurs cités se rejettent sur les derniers mots de l'article : *sauf à se pourvoir en nullité*, et les appliquent dans les deux hypothèses qu'embrasse l'art. 1027.

La Cour de Nîmes, 22 juill. 1833 (*J. Av.*, t. 46, p. 235; Devill., 1834.2.203), a cependant, en admettant la première interprétation, repoussé la seconde, et décidé que l'action en nullité ne s'applique qu'au moyen pris de ce qu'il a été prononcé sur choses non demandées; quant au moyen qui résulte de l'inobservation des formes, elle a admis uniquement l'appel, à défaut de requête civile.

L'exclusion de cette dernière voie de recours est-elle bien légale ? Et, pour aborder directement la difficulté, quel est le sens de ces dispositions que l'on trouve si équivoques ?

Le législateur, établissant la requête civile en matière d'arbitrage, l'admettait dans tous les cas où elle était ouverte contre les jugements ordinaires: mais une circonstance particulière devait frapper son esprit : les formes rigoureusement prescrites devant les tribunaux, et dont l'inobservation entraîne cette voie de recours, ces formes, en matière d'arbitrage, peuvent être abandonnées d'un commun accord. N'eût-il donc pas été injuste d'anéantir, pour ce seul motif, un jugement d'ailleurs irréprochable ? Telle est la conséquence que la disposition de l'art. 1027 a pour objet de prévenir.

La première rédaction, qui ne laissait aucun doute sur ce point, était ainsi conçue: « Ne pourront être proposées... l'inobservation des formes ordinaires, *si les parties étaient convenues d'une forme particulière.* »

Le Tribunat proposa, en remplacement de ces derniers mots, ceux que nous trouvons aujourd'hui dans le texte. Il ne donna pas les motifs de ce changement, mais il est facile de les comprendre. La rédaction primitive avait l'inconvénient de statuer exclusivement dans un cas, et de négliger l'hypothèse bien plus simple où les parties auraient dispensé leurs arbitres des formes judiciaires. Il fallait donc une disposition plus générale, celle qui a été adoptée : « ne donnera pas lieu à requête civile... l'*inobservation* des formes... si les parties n'en sont *autrement* convenues» c'est-à-dire, sont convenues de dispenser les arbitres de leur observation.

Le législateur s'est sans doute exprimé d'une manière vicieuse, mais son intention n'est pas équivoque, quoique M. Boitard, *loco citato*, dise le contraire afin d'établir une autre version de ce texte.

L'objection de cet auteur, prise de l'inutilité d'une telle disposition, nous paraît également mal fondée. Il était utile d'abord de rappeler un principe de requête civile, dans une matière où le relâchement des formes, sanctionné par l'art. 1009, pouvait faire douter de son application. Il fallait ensuite expliquer que c'est la requête civile, et non l'action en nullité qu'entraînerait l'inobservation illicite des formes. Cela est tellement vrai que, pour conseiller cette dernière voie de recours, M. Pigeau, *loco citato*, se fonde exclusivement sur ces

termes assez vagues de l'art. 1028 : « si le jugement a été rendu hors des termes du compromis. »

Au contraire, le système que nous combattons présente un très grave inconvénient, signalé par M. Boitard lui-même ; les arbitres investis du droit de juger en dernier ressort sont en même temps tenus de juger d'après les règles du droit. Ils ne le font pas : l'appel est interdit aux parties en vertu de leur convention : le pourvoi en cassation l'est également aux termes de l'art. 1028, *in fine*: Rien dans ce dernier article n'autorise l'opposition, à moins que l'on n'adopte l'interprétation, généralement repoussée, de M. Pigeau : que leur restera-t-il, si on leur enlève la requête civile?

Après ces observations, il est presque inutile de faire remarquer que, par la place qu'ils occupent, et la construction de la phrase, ces derniers mots de l'art. 1027, *sauf à se pourvoir en nullité* s'appliquent uniquement à sa seconde disposition, à celle qui rentre dans le n° 5 de l'art. 1028.

En un mot, la requête civile est inadmissible, à raison de la violation des formes juridiques, lorsque les arbitres étaient dispensés de les suivre : si cette dispense n'existait pas, rien n'est changé aux principes ordinaires.

Notre avis est celui de MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 403, not. 18; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 204; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 683; DE VATIMESNIL, p. 654, n° 300 (*Voy.* cependant le n° 310), et RODIÈRE, t. 3, p. 35. Il est confirmé par un arrêt de Besançon, 10 juill. 1828 (*Journ.* de cette Cour, 1828, p. 388).]]

[[**3371** bis. *Est-il permis de renoncer par avance, dans le compromis, à la voie de la requête civile?*

La Cour de cassation, le 18 juin 1816 (*J. Av.*, t. 16, p. 526 ; DEVILL., *Coll. nouv.*, 5.1.205), a jugé que cette convention est valable, et la même Cour a décidé dans un autre arrêt du 15 therm. an XI (S. 4.1.28 ; DEVILL., *Coll. nouv.*, 1.1.847), que la renonciation à toute voie de recours emporte de plein droit renonciation à la requête civile.

La plupart des auteurs qui se sont occupés de cette question ont adouci, par une discussion ingénieuse, ce que les arrêts précités offrent, en thèse générale, de trop absolu. En ce qui concerne les moyens tirés du dol ou de la fraude d'une partie, de la production qu'elle aurait faite de pièces fausses, il semble impossible qu'une renonciation antérieure empêche la partie lésée de demander, à raison de ces faits, la nullité de la sentence arbitrale. La fraude n'est jamais présumée, pas plus par les contractants que par les juges, et son existence fait toujours exception aux règles ordinaires; c'est ce qu'a jugé la Cour de Colmar, le 26 mai 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 691 ; DEVILL., 1834.2.53). Mais quant aux moyens qui se rattachent à l'oubli ou à la violation de quelques formes, les parties peuvent y renoncer d'autant plus facilement qu'elles sont libres d'affranchir les arbitres de l'observation des règles ordinaires (art. 1009). Cette distinction est admise par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 722; DALLOZ, t. 1, p. 816, not. 2; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 682; DE VATIMESNIL, p. 653, n° 297, et RODIÈRE, t. 3, p. 35. M. GOUBEAU, t. 1, p. 572, enseigne au contraire qu'une telle renonciation n'est valable en aucun cas. Tel est aussi l'avis de M. BELLOT, t. 2, p. 272, qui va jusqu'à annuler non-seulement une pareille renonciation, mais encore le compromis qui la contiendrait : nous ne pouvons admettre cette dernière opinion, même en ce qui concerne les moyens auxquels nous pensons qu'il est interdit de renoncer, à moins que la renonciation ne soit la condition expresse du compromis. Il est inutile de répéter ce que nous avons déjà dit sur la *Quest.* 3292.

Nous n'entendons pas au surplus traiter ici ni même préjuger la question plus générale dont on trouvera les développements sous le n° 3371.]]

3372. *Un jugement arbitral peut-il être attaqué par voie de requête civile, lorsque, dans le compromis, les parties ont déclaré que le jugement à intervenir aurait force de transaction sur procès ?*

Un arrêt de la Cour de cassation du 15 therm. an XI (S., 4.1.26) a jugé cette question pour la négative, par le motif que la requête civile n'est point admise contre une transaction.

Mais tout ce que l'on peut affirmer, relativement à l'opposition en nullité admise par l'art. 1028, nous paraît pouvoir être maintenu relativement à la voie également extraordinaire de la requête civile; et par les motifs exposés sur l'art. 1028, n° 3371, nous pensons que la requête civile est recevable dans l'espèce de la question ci-dessus posée.

A plus forte raison le serait-elle, comme nous l'avions dit, n° 4625 de notre *Traité et Questions,* si le compromis eût institué des *amiables compositeurs*, sans exprimer que leur décision *vaudrait comme transaction sur procès.*

[[MM. Mongalvy, p. 261, n° 345, et de Vatimesnil, p. 653, n° 298, embrassent un avis contraire, et c'est suivant nous avec raison. Nous ne méconnaissons pas l'exactitude des principes professés sur la *Quest.* 3374; mais nous ne les croyons pas applicables au cas actuel; il ne s'agit pas effectivement ici de savoir si l'on peut renoncer à la requête civile contre un jugement, mais bien si une transaction est susceptible d'être attaquée par d'autres motifs que ceux qu'indique la loi. Or sur ce point la négative est évidente.

Il peut arriver, il est vrai, que les faits qui entraînent la rescision d'un contrat donnent également ouverture à la requête civile, en ce qui concerne une décision judiciaire; mais dans l'espèce actuelle, cela importe peu, car, ce que les parties ont voulu, ce n'est pas un procès en forme c'est une transaction sur leurs droits. Les règles de ce contrat sont donc les seules qu'il faille appliquer. La dernière précision de M. Carré, reproduite par M. de Vatismenil, n° 301, nous paraît incontestable.]]

3373. *La solution de la précédente question s'applique-t-elle au jugement rendu en matière d'arbitrage forcé?*

Les auteurs de l'Analyse raisonnée du Code de commerce, MM. Mongalvy et Germain, p. 82, estiment que les parties ne peuvent, comme en arbitrage volontaire, se pourvoir par voie de requête civile. « On conçoit, disent-ils, que ce recours serait impraticable dans les contestations qui ont pour objet les comptes et la liquidation d'une société de commerce. » Et ils ajoutent : « Qu'a voulu le législateur, en saisissant les arbitres seuls de la connaissance de toutes contestations commerciales? Il a voulu éviter la longueur des contestations et les frais qui en résultent. Assurément il n'eût pas atteint son but, si, contre la décision des arbitres, il avait ouvert aux parties la voie de la requête civile, qui nécessite des formes assez compliquées et des délais assez longs. »

M. Merson, p. 106, rejette aussi la voie de la requête civile contre un jugement rendu par les arbitres forcés, et il se fonde sur ce que, d'après l'opinion de M. Locré et un arrêt de la Cour de Rennes du 25 juill. 1810, dont nous parlerons bientôt, n° 3375, il faut décider que l'art. 52, Cod. comm., est limitatif des voies à prendre contre les jugements, et que ces voies ne sont autres que l'appel et le pourvoi en cassation.

Le motif de la décision des auteurs de l'Analyse raisonnée nous touche peu.

Ce n'est pas la considération de l'économie du temps et des frais qui nous semble devoir conduire à la solution de la question. Celui de M. Meison est plus important; il s'appuie d'ailleurs de l'opinion que nous émettrons bientôt, n° 3376, que l'opposition en nullité n'est pas recevable contre la décision émanée d'arbitres forcés qui n'ont point été constitués comme amiables compositeurs. Néanmoins, nous pensons que la requête civile est recevable, puisqu'il a été décidé (*Voy.* ci-dessus, *Quest.* 1736), que cette voie est ouverte contre les jugements émanés des tribunaux de commerce. Or, les arbitres forcés sont mis à la place de ces tribunaux : on doit donc leur appliquer toutes les règles relatives aux décisions de ces derniers.

On oppose, il est vrai, la disposition de l'art. 52 comme *limitative* de tout recours à l'appel et à la cassation; mais on répond que la loi n'a point expressément déclaré que les jugements des tribunaux de commerce seraient susceptibles du recours par voie de requête civile, et cependant on admet contre eux ce genre de pourvoi. Nulle raison, par conséquent, de le rejeter en matière d'arbitrage forcé.

On oppose encore que l'opposition en nullité n'est pas admise en semblable matière. Mais par quel motif a-t-elle été déclarée inadmissible? Parce qu'elle n'est pas ouverte contre les jugements des tribunaux de commerce que les arbitres forcés remplacent. La raison pour laquelle cette dernière voie n'est pas recevable contre les décisions de ces arbitres, est donc précisément celle qui doit porter à décider que la requête civile, ouverte contre les jugements des tribunaux de commerce est également admissible contre les décisions arbitrales.

[[L'opinion de M. Carré est partagée par M. SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, v° *Arbitrage*, 30e tabl., 5e col., nos 108 et 109. *Voy.* notre observation sur la *Quest.* 3302.]]

[[**3373** bis. *Y aurait-il lieu à requête civile, soit dans le cas où il aurait été adjugé à une partie plus qu'elle n'avait demandé, soit dans celui où il aurait été omis de statuer sur quelques chefs de ses conclusions?*

La difficulté vient de ce que l'art. 1028, n° 5, semble admettre en ce cas la voie de l'action en nullité, tandis que, d'autre part, ce fait rentre dans les moyens qui, aux termes de l'art. 480, n° 4, donnent ouverture à la requête civile.

Cette sorte de concours met en présence deux systèmes : l'un qui, n'admettant la requête civile que lorsque toute autre voie de recours est évidemment fermée, en repousse l'exercice dans le cas actuel. Le second, qui considère l'art. 1028 comme limitatif; d'où il suit que tous les moyens d'ouverture qu'il ne régit pas devraient être indistinctement maintenus. On peut citer, dans ce dernier sens, un arrêt d'Angers, 4 juillet 1833, confirmé par la Cour de cassation, le 30 déc. 1834 (DEVILL., 35.1.194), et approuvé par MM. DE VATIMESNIL, p. 654, n° 299, et RODIÈRE, t. 3, p. 36; cet arrêt décide que l'omission de statuer sur un chef de conclusions ne peut être assimilée au fait d'avoir jugé hors des termes du compromis, lorsque ce chef n'est pas indivisiblement lié aux autres, et qu'il n'y a, dès lors, aucun autre recours que la requête civile, aux termes de l'art. 480, n° 5. *Voy.* également Agen, 5 janv. 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 169). Il semble juste de raisonner de la même manière dans l'hypothèse qui nous occupe, et de dire que le fait d'avoir adjugé à une partie plus qu'elle ne demandait ressemble si peu à celui d'avoir prononcé sur choses non demandées, cas prévu par l'art. 1028, que la loi, au titre de la Requête civile, en a fait deux chefs distincts d'ouverture. Nous pensons donc, contrairement à l'avis de MM. GOUBEAU, t. 1, p. 583, et BELLOT, t. 3, p. 467, que la demande en nullité est inadmissible dans ce cas, bien que cette dernière voie, plus rapide et plus simple, offre des

avantages réels aux parties. Les termes si formels de l'art. 1026, combinés avec le sens limitatif de l'art. 1028 (*voy.* notre *Quest.* 3386 bis), nous paraissent entraîner cette solution.]]

[[**3373** ter. *Devant quel tribunal doit être porté le débat, lorsque l'effet de la requête civile a été d'anéantir la sentence arbitrale?*

M. Boitard, t. 3, p. 477, enseigne que c'est devant le tribunal lui-même, si ses fonctions n'ont pas encore cessé, sinon devant les juges qui ont statué sur la requête civile. Il se fonde, pour établir cette règle, sur le texte de l'art. 502.

C'est là une véritable inadvertance qu'il suffit de signaler; l'art. 502 porte que le débat, après la réformation du jugement, s'engage, non pas devant le tribunal qui a rendu ce jugement, mais devant celui qui l'a annulé. Il est vrai que la requête est ordinairement adressée aux juges qui ont statué la première fois; mais, en matière d'arbitrage, la loi a dérogé à cette règle en attribuant compétence aux juges qui connaîtraient de l'appel, c'est-à-dire au tribunal ou à la Cour du lieu de l'exécution. Telle est aussi l'opinion de MM. Goubeau, t. 1, p. 553, et Souquet, v° *Arbitrage*, 30° tabl., 5° col., n° 108, confirmée par un arrêt de Lyon, du 31 août 1825 (*J. P.*, 3° éd., t. 19, p. 876), et par un autre de Colmar, 26 mai 1833 (*J. Av.*, t. 45, p. 691; Devill., 1833,2.34).

Du reste, comme le fait observer M. Thomine Desmazures, t. 2, p. 683, rien n'empêche les parties de nommer d'autres arbitres pour statuer sur la requête civile: le cas est même prévu par l'art. 1010. Dès lors, juridiction leur est accordée pour connaître du fond de l'affaire.]]

Art. 1028. Il ne sera besoin de se pourvoir par appel ni requête civile dans les cas suivants :

1° Si le jugement a été rendu sans compromis, ou hors des termes du compromis;

2° S'il l'a été sur compromis nul ou expiré;

3° S'il n'a été rendu que par quelques arbitres non autorisés à juger en l'absence des autres;

4° S'il l'a été par un tiers sans en avoir conféré avec les arbitres partagés;

5° Enfin, s'il a été prononcé sur choses non demandées.

Dans tous ces cas, les parties se pourvoiront par opposition à l'ordonnance d'exécution, devant le tribunal qui l'aura rendue, et demanderont la nullité de l'acte qualifié *jugement arbitral*.

Il ne pourra y avoir recours en cassation que contre les jugements des tribunaux, rendus soit sur requête civile, soit sur appel (1) d'un jugement arbitral.

[Notre Comm. du Tarif, t. 2, p. 506, n°° 31 et 32.] — Voy. *suprà*, sur les art. 1003, 1004, 1006, 1010, 1012, 1016, 1017, 1018, 1020, 1021. — [Notre Dict. de proc., v° *Arbitrage*, n°° 465, 483, 493 et 523 à 529. — Arm. Dalloz, *eod. verb.*, n°° 1069 à 1103. — Devilleneuve, *eod. verb.*, n°° 108, 110 à 114 et 127. — Locré, t. 23, p. 412, n° 13.

(1) Cette disposition ne s'applique point en matière *d'arbitrage forcé*. L'art. 32 du Code de commerce réserve expressément le pourvoi en cassation, si la renonciation n'a pas été stipulée.

QUESTIONS TRAITÉES : Résulterait-il une fin de non-recevoir contre l'opposition en nullité de ce que les parties y auraient renoncé par le compromis ? *Q.* 3374. — L'art. 1028 est-il applicable aux jugements rendus par des arbitres en matière de société commerciale ? *Autrement :* L'action en nullité est-elle ouverte contre ces jugements ? Ne peut-on se pourvoir au contraire que par la voie de l'appel ? *Q.* 3375. — L'opposition en nullité est-elle recevable contre un jugement rendu par des arbitres de commerce institués comme amiables compositeurs, ou avec pouvoir de statuer en dernier ressort ? *Q.* 3376. — Si, toujours en matière de commerce, les arbitres avaient été institués pour prononcer en dernier ressort, y aurait-il lieu, comme dans l'espèce de la précédente question, au pourvoi en nullité ? *Q.* 3377. — La décision qui annulle un jugement arbitral peut-elle donner ouverture à cassation ? *Q.* 3378. — L'opposition en nullité contre la décision émanée d'arbitres amiables compositeurs, en matière de commerce, doit-elle être portée devant le juge de commerce ou devant le tribunal de première instance ? *Q.* 3379. — Y a-t-il lieu à règlement de juges, lorsqu'une partie, devant le tribunal de commerce, s'est opposée à l'ordonnance d'exécution rendue par des arbitres forcés, tandis que l'autre partie s'est pourvue devant le tribunal civil pour l'exécution de cette même ordonnance, en faisant des offres et assignant en validité ? *Q.* 3380. — Est-il un délai passé lequel on ne peut se pourvoir en nullité ? *Q.* 3381. — Lorsqu'une partie s'est pourvue par voie de nullité contre l'acte qualifié *jugement arbitral*, le délai d'appel ne court-il contre cet acte que du jour où il a été reconnu jugement arbitral, par l'effet du rejet des moyens de nullité prononcé par le tribunal saisi de l'action en nullité ? *Q.* 3382. — Tous les moyens d'opposition doivent-ils être présentés simultanément, à peine de déchéance ? *Q.* 3382 *bis.* — Un acte qualifié *jugement arbitral* est-il nul pour le tout, par cela seul que les arbitres ont jugé hors des termes du compromis, ou commis. l'une des infractions prévues par l'art. 1028, sur quelques-uns des points qui leur avaient été soumis ? *Q.* 3383.— L'action en nullité peut-elle être formée par acte d'avoué à avoué, lorsque le jugement arbitral, revêtu de l'ordonnance du président, a été signifié avec constitution d'avoué ? *Q.* 3384. — Si on déclarait s'opposer au jugement arbitral lui-même, au lieu de déclarer s'opposer à l'ordonnance, l'opposition serait-elle nulle ? *Q.* 3385. — L'opposition à l'ordonnance d'exécution d'un jugement arbitral rendu en dernier ressort est-elle suspensive de cette exécution ? *Q.* 3386. — L'ordonnance d'*exequatur* ne peut-elle être attaquée par voie d'opposition que dans les cas spécifiés par l'art. 1028 ? Comment faut-il entendre les termes de cet article, notamment ces expressions : *...hors des termes du compromis ;... choses non demandées ? Q.* 3386 *bis.* — Quelle serait la voie de se pourvoir contre une sentence rendue en matière d'arbitrage volontaire, sans avoir entendu les parties, ou sans qu'elles eussent été mises à portée de l'être ou de fournir leurs moyens et pièces ? *Q.* 3387. — Pourrait-on se pourvoir par voie d'opposition, si le tiers arbitre ne s'était pas conformé à l'avis des autres arbitres ? *Q.* 3388. — Peut-on se pourvoir par voie de nullité contre une décision arbitrale illégalement qualifiée en dernier ressort ? *Q.* 3389. — Des tiers pourraient-ils prendre contre la sentence arbitrale la voie de l'action en nullité ? *Q.* 3389 *bis* (1).]

DCXII. La loi établit en cet article une différence remarquable entre les jugements arbitraux et ceux que rendent les tribunaux ordinaires. Ceux-là comme ceux-ci peuvent bien être attaqués, dans les cas de droit, par appel ou par requête civile ; mais ils ne peuvent l'être par le recours en cassation.

Au lieu de cette voie longue et difficile, notre article en ouvre une courte et facile pour empêcher l'exécution de ces jugements, quand ils sont rendus sans pouvoir ou par excès de pouvoir.

Les arbitres reçoivent des parties qui les choisissent un véritable mandat ; ils doivent en observer les termes avec scrupule. S'ils les excèdent, ce n'est plus comme arbitres qu'ils agissent, c'est en usurpateurs. L'acte qu'ils qualifient jugement est une entreprise téméraire sur l'ordre des juridictions, une violation manifeste du contrat formé entre eux et les parties.

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° Dans le cas où la sentence arbitrale est susceptible d'être attaquée par voie de nullité, conformément à l'art. 1028, Cod. proc. civ., l'opposition à l'ordonnance d'*exequatur* doit être portée devant le tribunal dont le président a délivré cette ordonnance. Cass., 16 juillet 1817 ; Poitiers, 13 mars 1818 (*J. Av.*, t. 4, p. 619 ; DEVILL. *Collect. nouv.* 5.1.349 ; 2.383) ;

2° Ce n'est pas par la voie de l'appel, mais par celle de l'opposition à l'ordonnance d'*exequatur*, qu'il faut se pourvoir contre un jugement arbitral rendu après les délais impartis par le compromis, ou fixés par la loi. Agen, 15 août 1809 ; Orléans, 20 juin 1817 (*J. Av.*, t. 16, p. 477 ; DEVILL., *Collect. nouv.* 3.1.125 ; 5.2.295) ;

3° On ne peut prendre la voie de la cassation contre une sentence arbitrale rendue exécutoire par l'ordonnance du président du tribunal. Cass., 20 mars 1817 (*J. Av.*, t. 16, p. 533 ; DEVILL., *Collect. nouv.*, 5 1.298).]

Un tel acte est radicalement nul, et le juge ordinaire a naturellement et légalement l'autorité nécessaire pour en prononcer la nullité. (*Rapp. au Corps législ.*)

3374. *Résulterait-il une fin de non-recevoir contre l'opposition en nullité de ce que les parties y auraient renoncé par le compromis?*

Nous avions dit, n° 3073 de notre *Analyse*, qu'une renonciation faite d'avance à ce genre de pourvoi nous semblait incompatible avec la nature des moyens pour lesquels elle est ouverte, et détruirait le compromis lui-même dans sa substance, puisqu'il en rendrait les effets impossibles; qu'il en serait de même, à notre avis, de la renonciation à la voie de la requête civile : aussi la loi ne suppose-t-elle la possibilité d'une renonciation à pourvoi contre la sentence arbitrale que relativement à l'appel (art. 1010). En faveur de cette opinion, nous ajoutions que, par le compromis, les parties annoncent qu'elles veulent obtenir un jugement arbitral, et qu'il impliquerait qu'elles s'obligeassent à considérer comme jugement un acte qui n'en a pas les caractères, lorsqu'il est infecté des vices qui ouvrent la voie de nullité.

La Cour de Rennes avait consacré cette décision par un arrêt du 7 juillet 1818, motivé sur ces considérations; mais elle est contredite par celui de la Cour de cassation, du 10 fév. 1817 (S., 18.1.38), dont les considérants portent que si, d'après l'art. 1010, les parties peuvent, lors et depuis le compromis, renoncer à l'appel, elles peuvent aussi *nécessairement* renoncer à la voie d'opposition en nullité.

[[Il faut remarquer que l'arrêt de Cassation cité par M. Carré, et qu'il n'accompagne d'aucune réflexion critique, ce qui semble indiquer un retour sur sa première opinion, est loin de consacrer expressément une doctrine contraire à la première opinion de notre auteur; car, dans l'espèce, les parties ne reprochaient rien autre chose aux arbitres, sinon d'avoir violé les formes ordinaires de la procédure, dont elles les avaient elles-mêmes dispensées. Or, c'était là un moyen de requête civile, mais non de nullité, comme nous l'avons dit sur la *Quest.* 3373 *bis*, encore était-il couvert par le pouvoir attribué aux arbitres. Il est vrai cependant que l'arrêt semble admettre en principe la validité de la renonciation à l'opposition, par analogie de l'art. 1010, qui permet cette renonciation en ce qui concerne l'appel. La même doctrine a été plus explicitement reproduite dans une autre décision de la Cour suprême du 8 avril 1815 (*J. Av.*, t. 30, p. 62; Devill., *Collect. nouv.*, 5.1.267), et dans les arrêts de Besançon, 18 mars 1828 (*J. P.*, 3e éd., t. 21, p. 1296), et de Montpellier, 8 juill. de la même année (*J. Av.*, t. 35, p. 148), à l'autorité desquels on peut joindre l'opinion de MM. Mongalvy, p. 266, n° 353, et Dalloz, t. 1, p. 797.

Il nous paraît facile de répondre à l'induction prise soit de l'art. 1010, soit de notre opinion sur la renonciation à la requête civile. *Voy.* notre *Quest.* 3371 *bis*. L'appel et la requête civile, en matière d'arbitrage, reposent sur des faits que l'on prétend avoir été mal appréciés ou mal connus, mais non sur la compétence même des arbitres. L'opposition, au contraire, suppose nécessairement un excès de pouvoir de la part de ces derniers, une infraction aux règles de leur juridiction, qui porte atteinte aux principes fondamentaux d'ordre public. Une renonciation à ces principes est donc illicite et sans effet; c'est, du reste, vers ce dernier sens que semblent pencher la doctrine et la jurisprudence. La Cour de cassation, après l'avoir implicitement admis dans son arrêt du 23 juin 1819, cité sur la *Quest.* 3376, l'a formellement consacré, le 21 juin 1831 (*J. Av.*, t. 51, p. 491). *Voy.* aussi Bastia, 22 mai 1831 (*J. Av.*, t. 43, p. 705); Toulouse, 23 mai 1832 (*ibid.*, t. 43, p. 706); Pau, 3 juill. 1833 (*ibid.*, t. 49, p. 614); Grenoble, 14 août 1834 (*ibid.*, t. 49, p. 713; Devill., *Collect., nouv.*,

6.1.88; 8.1.170; 1831, 1.290; 1832, 2.579.412; 1834, 2.34); Paris, 2 juill. 1835 (*ibid.*, t. 51, p. 612) : c'est aussi le sentiment de MM. GOUBEAU, t. 1, p. 482; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 204; DEVILLENEUVE et MASSÉ, v° *Arbitrage*, n° 183; BELLOT, t. 3, p. 535; RODIÈRE, t. 3, p. 36, et SOUQUET, *Dict. des Temps légaux*, v° *Arbitrage*, 30e tabl., 5e col., n° 101.

Ces auteurs et ces arrêts admettent indistinctement la nullité de la renonciation dans tous les cas où l'opposition est recevable; d'autres, en convenant du principe, y ont apporté quelques tempéraments : ainsi la Cour de Bourges, 19 janv. 1827 (*Journ.* de cette Cour, 1827, p. 235), et M. MONGALVY, p. 269, n° 357, semblent ne considérer la renonciation comme inefficace que dans le cas où les arbitres seraient accusés de s'être écartés des termes du compromis. Cette précision nous paraît insuffisante : lorsqu'ils ont statué sur choses non demandées, jugé sur compromis nul ou expiré, ils ont évidemment excédé leur compétence. M. DE VATIMESNIL, p. 655, n° 303 et 304, présente, bien qu'avec hésitation, une distinction plus plausible : l'opposition porte-t-elle sur ce que le tiers départiteur a jugé sans consulter les arbitres divisés; une renonciation antérieure servira contre elle de fin de non-recevoir : mais c'est là le seul cas où elle produira un tel effet, car ici nul principe d'ordre public n'est ébranlé. C'est pourtant dans cette espèce que l'arrêt de Cassation précité du 21 juin 1831 a considéré la renonciation comme nulle; mais il faut considérer qu'elle était générale et portait sur tous les moyens de nullité énumérés dans l'art. 1028, ce qui justifie la décision de la Cour suprême. Si les parties renonçaient simplement à se prévaloir du moyen pris de ce que le tiers arbitre, en cas de partage, ne conférerait pas avec les autres, une telle convention nous semblerait parfaitement valable. Nous avons dit, sur la *Quest.* 3346 *ter*, que les parties peuvent dispenser le tiers départiteur de conférer avec les arbitres, et c'est ce qu'a reconnu la Cour de cassation elle-même. La renonciation à la nullité résultant de ce fait est une dispense implicite, comme la renonciation au moyen pris de ce que la sentence ne serait rendue que par quelques arbitres non autorisés est pour ceux-ci une autorisation tacite. Mais, pour valoir, il faut qu'une telle clause soit spéciale et non équivoque.

La solution que nous donnons à cette question enlève tout intérêt à celle de savoir si une renonciation peut être présumée, si notamment elle résulte de ces mots : renonciation *à toutes voies judiciaires, à l'appel et aux voies judiciaires, au droit de récuser l'arbitre avant et après le jugement*, etc. Toutes espèces dans lesquelles ont été rendus la plupart des arrêts rapportés ci-dessus.]]

3375. *L'art.* 1028 *est-il applicable aux jugements rendus par des arbitres en matière de société commerciale?*

Autrement, *l'action en nullité est-elle ouverte contre ces jugements? Ne peut-on se pourvoir, au contraire, que par la voie d'appel?*

M. LOCRÉ (voy. *Esprit du Code comm.*, t. 1, p. 222 et 366) semble admettre que l'action en nullité serait ouverte contre ces jugements.

La Cour de Rennes, par deux arrêts, l'un du 7 avril, l'autre du 25 juillet 1810, a décidé, au contraire, qu'ils ne pouvaient être attaqués que par voie d'appel (voy. *Journ.* des arrêts de cette Cour, t. 1, p. 75 et 336, et SIREY, 1812, *D. D.* p. 404). Les principaux motifs de cette décision sont, 1° que, par la sect. 2 du tit. 3, liv. 1er, le Code de commerce a établi des formes particulières et spéciales pour les arbitrages en matière de société de commerce; 2° que le législateur a tracé entre les arbitrages volontaires et les arbitrages forcés, prescrits par le Code de commerce, une ligne de démarcation telle, que le jugement rendu par les arbitres forcés est considéré comme émané de la juridiction

commerciale, qui ne peut s'immiscer, ni par voie de nullité, ni d'aucune autre manière; 3° enfin, que l'art. 52, Cod comm., ne reconnaît que deux manières de se pourvoir contre un jugement arbitral rendu en matière de société, l'appel devant la Cour supérieure, ou le pourvoi en cassation.

Cette décision paraît rentrer parfaitement dans l'opinion émise par M. Merlin (voy. *Nouv. Répert.*, t. 12, p. 170), sur l'art. 52, Cod. comm.; car il considère aussi la sentence des arbitres en matière d'arbitrage forcé comme un jugement qui serait émané du tribunal; or, un tel jugement n'est point sujet à l'action en nullité ouverte par l'art. 1028. (*Voy.* en outre *le Comment.* de M. DELAPORTE *sur le Code de comm.*, t. 1, p. 181, et le *Manuel des négoc.* de M. BOUCHER, t. 1, p. 175).

Quoi qu'il en soit, nous avions adopté l'opinion contraire, n° 3074 de notre *Analyse*, et nous nous fondions :

1° Sur l'arrêt de la Cour de cassation du 5 nov. 1811 (*J. Av.*, t. 4, p. 576, v° *Arbitrage*, n° 51; *J. Av.*, t. 5, p. 69), dont nous rapportons les motifs ci-dessous à la note (1);

2° Sur un arrêt de la Cour d'Amiens du 11 août 1809, qui, comme lui, avait jugé que l'action en nullité était recevable contre les arbitres de commerce. (Voy. *Bibl. du Barr.*, 2e part., t. 4, p. 373);

3° Sur l'assertion faite par M. Locré, *ubi suprà*, que l'art. 1028 fut spécialement rappelé dans la discussion du Code de commerce; qu'il fut entendu que cet article pourvoyait au cas où des arbitres auraient jugé sans compromis ou après le compromis expiré, et qu'en conséquence, il était inutile de s'en exprimer dans le Code de commerce;

4° Enfin, nous argumentions d'un passage de l'exposé des motifs des sept premiers titres du Code de commerce, par M. REGNAULT DE SAINT-JEAN-D'ANGELY (édit. de F. Didot, p. 14 ou 15), où cet ancien conseiller d'Etat dit qu'*indépendamment* des dispositions sur les arbitrages portées au Code de procédure civile, la loi commerciale fixe un mode particulier, etc.

Mais la jurisprudence de la Cour de cassation, postérieure à son arrêt du 11 août 1811, a consacré la doctrine que nous avions rejetée, ainsi qu'on en sera convaincu par la discussion de la question suivante. On doit donc tenir pour certain que l'opposition en nullité n'est point ouverte contre les jugements des

---

(1) Voici l'espèce dans laquelle cette décision est intervenue : Un débiteur condamné par les arbitres est emprisonné; il se pourvoit en nullité de cet emprisonnement devant le tribunal de première instance, pour violation des art. 780, 783 et 788; le tribunal rejette ses moyens de nullité; appel à la Cour de Toulouse, qui reconnaît également que les moyens de nullité sont mal fondés, mais qui néanmoins infirme le jugement de première instance et prononce la nullité de l'emprisonnement, sur le motif que les arbitres n'avaient pas le droit de prononcer la contrainte, même en vertu du consentement des parties. Sur le pourvoi en cassation, on oppose que la Cour, qui n'était saisie que de l'appel d'un jugement rendu sur nullité de l'emprisonnement, avait violé l'art. 1028, qui ne permet d'attaquer ou d'annuler un jugement arbitral que *par action principale en nullité*, d'abord soumise à un tribunal de première instance.

Arrêt ainsi conçu : Attendu que, d'après l'art. 1028, lorsqu'un jugement arbitral est rendu hors des termes du compromis, la nullité doit en être demandée par opposition à l'ordonnance d'exécution *devant le tribunal qui l'a rendu.....*; que, dans le fait, la disposition de la sentence arbitrale portant la contrainte par corps était en dernier ressort (les parties avaient renoncé à l'appel), et n'avait été aucunement attaquée, ni en première instance, ni en appel; que néanmoins la Cour d'appel l'a mise au néant, en annulant l'emprisonnement, sous prétexte que la contrainte était nulle, incompétemment prononcée; qu'en jugeant ainsi, elle a enfreint l'autorité de la chose jugée, interverti l'ordre des juridictions, commis un excès de pouvoir, et par là violé les art. 1350, Cod. civ., et 1028, Cod. proc. civ., et la loi du 1er mai 1810, etc.

arbitres légaux ou forcés, institués en matière de contestation sur une société commerciale, sauf ce qui sera dit ci-après pour le cas où ils auraient été institués amiables compositeurs.

[[Cette doctrine est aujourd'hui généralement adoptée. *Voy.* notamment M. de VATIMESNIL, p. 656, n°s 306 et suivants, et les détails dans lesquels il entre à ce sujet.]]

3376. *L'opposition en nullité est-elle recevable contre un jugement rendu par des arbitres de commerce institués comme amiables compositeurs, ou avec pouvoir de statuer en dernier ressort?*

La jurisprudence de la Cour de cassation est irrévocablement fixée pour l'affirmative, attendu que, sous ce rapport, les arbitres sont réputés arbitres volontaires (1) : d'où il suit incontestablement que l'opposition en nullité autorisée par l'art. 1028 n'est pas recevable, ainsi que nous l'avons dit sur la question précédente, lorsque les arbitres n'ont pas reçu ce pouvoir discrétionnaire de statuer sans être tenus de suivre et les règles du droit, et les formes judiciaires.

Cette solution s'applique même au cas où il y aurait promesse faite par les parties de regarder la décision arbitrale comme transaction souscrite par elles. Une semblable promesse n'ajoutant rien au pouvoir que les arbitres ont reçu de procéder comme *amiables compositeurs*, et ne pouvant, par conséquent, avoir l'effet d'interdire la voie de nullité à l'égard d'une décision qui serait marquée d'un des vices signalés par l'art. 1028, ce motif est d'autant mieux fondé, qu'il faut toujours pouvoir examiner si les arbitres, de quelque pouvoir qu'ils aient été revêtus, ont réellement rempli la mission qui leur a été confiée, et si l'acte qui est présenté comme jugement arbitral en a véritablement le caractère. (*Voy.* l'arrêt du 23 juin 1819, déjà cité à la note.)

[[Ajoutez à ces arrêts des décisions plus récentes de Cassation, 1er mai 1822 et 8 août 1825 (*J. Av.*, t. 24, p. 133, et t. 30, p. 60); Poitiers, 13 mai 1818 (*J. Av.*, t. 4, p. 619; DEVILL., *Collect. nouv.*, 5.2.365; 7.1.63 ; 8.1.170); Paris, 21 sept. 1825 (*J. P.*, 3e éd., t. 19, p. 890), et l'opinion conforme de tous les auteurs, et notamment celle de M. SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, 29e et 30e tabl., 5e col.

Nous n'avons pas ici à nous étendre sur des questions d'arbitrage forcé qui ne rentrent pas dans notre plan. Nous ferons seulement remarquer que l'opinion de M. Carré sur l'admissibilité de l'opposition, lors même que les parties sont convenues d'attribuer force de transaction à la sentence, ne contrarie nullement ce que nous avons dit, *Quest.* 3372, sur l'inadmissibilité de la requête civile, dans le même cas. La difficulté se résout par la différence que nous avons déjà signalée entre les deux voies de recours. La requête civile porte sur le bien jugé ; l'opposition sur l'existence même du jugement. Si la sentence a force de transaction entre les parties, c'est à une condition sous entendue par elles : l'existence d'un véritable jugement arbitral, et non, comme le dit l'art. 1018, d'un acte faussement qualifié de ce nom. Lors donc qu'il n'y a pas de jugement, il n'y a pas non plus de transaction, et les parties sont toujours fondées à l'attaquer à ce titre.]]

3377. *Si, toujours en matière de commerce, les arbitres avaient été institués pour prononcer en dernier ressort, y aurait-il lieu, comme dans l'espèce de la précédente question, au pourvoi en nullité?*

Non, parce que cette faculté qui leur est donnée de statuer en dernier res-

---

(1) *Voy.* arrêts des 16 juillet 1817, 6 avril 1818 et 23 juin 1819. (*S.*, t. 305, t. 18, p. 326, et t. 20, p. 35, et *J. Av.*, t. 4 p. 619 et 629.)

sort, ne saurait leur faire perdre la qualité de juges pour y substituer celle d'arbitres volontaires; or, les arbitres institués en matière de société de commerce comme tous ceux auxquels on serait forcé par la loi de recourir, ayant ce caractère de juges, donnent à leurs décisions rendues, soit en premier, soit en dernier ressort, l'autorité de jugement ou d'arrêt, contre lesquels la voie de nullité ne peut être admise. (Cass., 26 mai 1813, S. 14.1.4.) (1)

[[Ces différences tiennent à ce que l'opposition en nullité n'est pas admise en matière d'arbitrage forcé, V. *Quest.* 3374.]]

3378. *La décision qui annulle un jugement arbitral peut-elle donner ouverture à cassation?*

L'arrêt déjà cité, du 23 juin 1819, décide le contraire dans une espèce où l'opposition était fondée sur ce que la décision avait été rendue hors des termes du compromis. On a considéré que cette décision, qui annulait la sentence arbitrale, n'avait été prononcée que par suite de l'examen des faits dont l'appréciation appartient aux juges saisis de l'opposition en nullité. On sent bien que cette décision peut s'appliquer, suivant les circonstances, à la plupart des causes d'ouverture à opposition, exprimées dans l'art. 1028, et par exemple, dans les cas prévus aux §§4 et 5 de ce même article, où, presque toujours, la décision à rendre sur l'opposition dépend d'une appréciation de faits.

[[C'est encore ce qu'a jugé la Cour de cassation, le 31 déc. 1834 (*J. Av.*, t. 48, p. 238), dans une espèce où les magistrats supérieurs avaient décidé que les arbitres ne s'étaient pas écartés des termes du compromis. Cela n'empêche pas d'ailleurs, comme on le comprend facilement, que la décision du tribunal devant lequel est intentée la demande en nullité ne puisse porter sur une question de droit qui rentre dans les attributions de la Cour suprême, si par exemple il a dû interpréter le sens de ces expressions; *choses non demandées*, *termes du compromis*, *etc.* (*Voy.* notre *Quest.* 3386 *bis.*)]]

3379. *L'opposition en nullité contre la décision émanée d'arbitres amiables compositeurs, en matière de commerce, doit-elle être portée devant le juge de commerce ou devant le tribunal de première instance?*

La Cour de Poitiers, par arrêt déjà cité, du 13 mars 1818, a décidé que l'opposition devait être jugée par le tribunal de commerce; mais cette décision est fondée sur cette circonstance particulière, que l'ordonnance d'exécution avait été apposée par le président de ce tribunal; ce qui ne permettait pas, d'après la dernière disposition de l'art. 1028, de porter le pourvoi devant un autre juge. La Cour de Gênes, dans le système par elle admis, que toute décision d'arbitres, en matière de société commerciale, était sujette au pourvoi, a jugé que le tribunal de commerce était seul compétent. Nous croyons comme elle que, si l'opposition était admise contre toute décision d'arbitres, en matière de société,

---

(1) Les arrêts cités, tant sur cette question que sur la précédente, prouvent incontestablement l'opinion ci-dessus émise, n° 3376, que la voie de nullité n'est admise contre les sentences arbitrales rendues en matière d'arbitrage forcé, qu'autant que les arbitres ont été institués *amiables compositeurs.*

Il est presque superflu de faire observer que, dans une contestation entre associés commerçants ayant compromis pour objets relatifs à leur négoce, mais étrangers à une société de commerce, l'arbitrage doit être considéré comme purement *volontaire*; qu'en conséquence, la sentence arbitrale est sujette à opposition, encore que les arbitres eussent été astreints à juger suivant les principes et les règles du droit. (*Voy.* M. Merson, p. 117.)

elle devrait, en effet, être portée devant ce tribunal, puisque c'est à son président qu'il appartenait d'apposer l'ordonnance (Voy. *suprà*, n° 1900); mais puisque ce pourvoi n'est recevable que par exception, dans le cas où les arbitres sont amiables compositeurs, et sous ce rapport, arbitres volontaires, l'arrêt de Gênes cesse de pouvoir être pris en considération : d'où il suit rigoureusement que le jugement de l'opposition contre la décision de ces *arbitrateurs* appartient au tribunal civil, dont le président doit apposer l'ordonnance d'exécution. (*Voy.* encore *suprà*, n° 1900.)

L'arrêt de Poitiers ne contredit point cette solution, puisqu'il n'a pour motif que la circonstance de fait que l'ordonnance avait été apposée par le président du tribunal de commerce.

Ainsi, en *thèse générale,* le tribunal civil connaît de l'opposition à la décision rendue par des amiables compositeurs, en matière de société de commerce; mais, d'après l'arrêt de Poitiers, ce serait au tribunal de commerce, si l'ordonnance d'exécution avait été apposée par son président.

Cela posé, pour éviter l'application de cet arrêt, il convient de requérir cette ordonnance du président du tribunal civil, et si, mal à propos, on s'est adressé à celui du tribunal de commerce, on doit préalablement se pourvoir en annulation devant ce tribunal, pour ensuite former l'opposition en nullité devant le tribunal civil. (Arrêt de Rennes du 8 août 1826.)

[[C'est aussi l'opinion de M. Mongalvy, p. 270, n° 359. La solution de la difficulté se rattache, comme on le voit, à des principes déjà expliqués. Le président du tribunal civil délivre l'*exequatur* en matière d'arbitrage volontaire; le président du tribunal de commerce en matière d'arbitrage forcé. Le caractère d'amiables compositeurs attribué aux arbitres forcés, en fait des arbitres volontaires, mais non la renonciation à l'appel ou autres voies de recours (*Quest.* 3376 et 3377). Ainsi, dans le premier cas, c'est au président du tribunal civil qu'il faut s'adresser, comme l'ont jugé les Cours de cassation, 4 mai 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 19); de Toulouse, 3 juill. 1833 (*J. Av.*, t. 47, p. 488); Rouen, 27 mars 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 416); Lyon, 21 mars 1838 (*J. Av.*, t. 55, p. 699; Devill., 1839.2.39). Dans le second, c'est au président du tribunal de commerce; Cass., 28 avril 1829, et 21 nov. 1832 (*J. Av.*, t. 37, p. 38, et t. 44, p. 185; Devill., 1833.1.65); cette dernière solution n'est pas contestée : l'autre l'est davantage; Poitiers, 18 août 1826; Cass., 16 janv. 1823, et 9 mars 1826; Montpellier, 25 avril 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 288; t. 32, p. 41, et t. 39, p. 288; Devill., *Collect. nouv.*, 7.1.184; 8.1.295; 1832.2.63). Voir aussi le *Dictionn. des temps légaux*, de M. Souquet, 29e tabl., 5e col., nos 96 à 98.]]

3380. *Y a-t-il lieu à règlement de juges, lorsqu'une partie, devant le tribunal de commerce, s'est opposée à l'ordonnance d'exécution rendue par des arbitres forcés, tandis que l'autre partie s'est pourvue devant le tribunal civil pour l'exécution de cette même ordonnance, en faisant des offres et en assignant en validité?*

Un arrêt de la Cour de Paris du 23 oct. 1812 (*Voy.* S. 14.2.346) avait décidé cette question pour l'affirmative, en déclarant qu'on devait renvoyer devant le tribunal de commerce ces deux contestations connexes, puisque c'est le président de ce tribunal qui rend la décision des arbitres exécutoire.

Mais puisqu'il est constant aujourd'hui (*Voy.* ci-dessus, *Quest.* 3376) que l'opposition en nullité ne serait pas admise dans l'espèce où les arbitres ne sont pas institués comme amiables compositeurs, il s'ensuit qu'il n'y aurait pas matière à règlement de juges, dès lors que l'une des actions, sur laquelle on en établirait la nécessité, ne procéderait pas valablement.

[[C'est également l'avis de M. Goubeau, t. 1, p. 407, et le nôtre.]]

3381. *Est-il un délai passé lequel on ne peut se pourvoir en nullité?*

Non, puisque la loi n'en a pas fixé. On ne saurait, en effet, comme le fait observer M. Pigeau, t. 1, p. 32, appliquer le délai porté en l'art. 162, parce que la disposition qui détermine ce délai étant rigoureuse, elle ne doit pas être étendue à un cas qu'elle n'exprime pas.

Ainsi l'on pourrait se pourvoir jusqu'à l'exécution de l'acte arbitral. C'est aussi ce qu'a jugé la Cour de Rennes, par arrêt du 11 janv. 1809.

Ainsi encore, l'opposition pourrait être formée, lors de l'exécution, sur les procès-verbaux de saisie ou d'emprisonnement, ou, enfin, lors de tout autre acte d'exécution.

[[Les auteurs et la jurisprudence paraissent aujourd'hui, sauf quelques variations de détail, fixés sur cette question et sur les raisons de la décider. L'opposition admise par l'art. 1028 n'a rien de commun, il faut le remarquer, avec l'opposition ordinaire : son admissibilité suppose la privation des caractères essentiels du jugement, en raison des règles spéciales de l'arbitrage. La loi n'avait donc pas à fixer de délai dans lequel elle dût être intentée à peine de déchéance ; car, là où il n'existe pas de jugement, l'exécution de l'acte qualifié de ce nom peut toujours être entravée. Il n'est donc pas exact de dire qu'elle doit être formée sur les procès-verbaux : de simples réserves, lors de l'exécution suffisent, comme l'a jugé la Cour de cassation, le 1er juin 1812 (*J. Av.*, t. 4, p. 589); c'est encore par une fausse induction de l'art. 162, que M. Goubeau, t. 1, p. 469 et 478, enseigne que l'opposition, après avoir été formée, doit être renouvelée dans la huitaine. Il est plus exact de dire qu'elle est recevable jusqu'à l'exécution ; mais ce n'est pas par analogie avec l'art. 158, c'est par la force même des choses. On aurait donc tort de chercher des règles au titre des Jugements par défaut, pour savoir à quel moment de l'exécution se perd la faculté d'intenter la demande en nullité. Un acquiescement non équivoque, une exécution consommée sans réserve, voilà, à l'égard de la partie condamnée à faire ou à livrer une chose, la seule déchéance possible dans l'exercice de son droit. A l'égard de la partie en faveur de qui le jugement a été rendu, mais qui veut l'attaquer par la même voie, elle peut le faire dans le délai ordinaire de trente ans. Comparez sur ces divers points MM. Berriat Saint-Prix, p. 403, not. 28, observ. 2; Favard de Langlade, t. 1, p. 207; Mongalvy, p. 265, n° 351 ; Goubeau, *loco citato;* Dalloz, t. 1, p. 796, not. 1; Thomine Desmazures, t. 2, p. 686; Boitard, t. 3, p. 485; Bellot, t. 3, p. 511 ; de Vatimesnil, p. 657, n° 315; Rodière, t. 3, p. 37 : Arrêts de Turin, 7 fév. 1810; Metz, 18 juin 1812 (*J. Av.*, t. 4, p. 557, et t. 22, p. 285; Devill., *Collect. nouv.*, 4.2.137).]]

3382. *Lorsqu'une partie s'est pourvue par voie de nullité contre l'acte qualifié* JUGEMENT ARBITRAL, *le délai d'appel ne court-il contre cet acte que du jour où il a été reconnu jugement arbitral, par l'effet du rejet des moyens de nullité prononcé par le tribunal saisi de l'action de nullité ?*

On dit, pour l'affirmative de cette question : L'art. 1028, dans sa première disposition, porte qu'*il ne sera besoin* de se pourvoir par appel ni requête civile, dans les cas qu'il détermine.

Dans la seconde disposition, il s'exprime en ces termes impératifs : *Dans tous ces cas*, les parties se *pourvoiront* par opposition à l'ordonnance d'exécution devant le tribunal qui l'aura rendue, et *demanderont* la nullité de l'acte qualifié *jugement arbitral.*

Or, appeler de la décision arbitrale avant d'avoir formé l'action en nullité,

c'est évidemment reconnaître qu'elle a le caractère de jugement, et se rendre non recevable à former désormais cette action.

Se pourvoir par appel après l'avoir formée, c'est renoncer à la poursuivre : les délais d'appel ne peuvent donc courir que du jour où l'action en nullité ayant été rejetée, l'acte arbitral a reçu le caractère de jugement.

Alors, seulement, commencent à courir les délais de l'appel de ce même jugement, si toutefois l'on n'acquiesce pas à celui qui a prononcé sur la nullité ; car, s'il était entrepris lui-même par voie d'appel, ils seraient encore suspendus pendant l'instance.

Dira-t-on qu'on peut, en appel, faire valoir tout à la fois les moyens de nullité, et les griefs au fond, parce que la loi, en disant qu'il *n'est besoin de se pourvoir par appel*, n'exclut point cette voie, et laisse aux parties le choix de se pourvoir directement de la sorte ?

On répondrait que les termes impératifs de la seconde disposition de l'art. 1028 annoncent que l'action en nullité est une action principale qui doit subir deux degrés de juridiction, et qui, conséquemment, ne peut être soumise à des juges d'appel, puisqu'ils prononceraient en premier et dernier ressort ; qu'il y aurait, d'ailleurs, contradiction à soutenir en même temps qu'un acte arbitral n'est pas *jugement*, et à l'attaquer comme *jugement*.

On argumenterait enfin de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 nov. 1811, déjà cité sur les *Quest.* 3334 et 3375, et qui décide qu'il y avait violation de la loi du 1er mai 1790, suivant laquelle une action principale ne peut être soumise à une Cour d'appel qu'après l'avoir été à un tribunal de première instance. (*Voy. le Prat.*, t. 5, p. 417 et 418.)

Et, en effet, autre chose est la contestation qui s'élève sur le caractère de l'acte arbitral ; autre chose, celle qui concerne le bien ou mal jugé de cet acte, lorsqu'il est reconnu qu'il a celui de jugement.

Dans le premier cas, une voie particulière et spéciale est ouverte.

Dans le second, on doit prendre les voies ordinaires d'attaquer les jugements ; mais il est évident qu'on ne peut revenir à ces voies qu'autant que l'acte est déclaré *jugement* ; donc, les délais de l'appel, qui est la voie ordinaire d'attaquer un jugement, ne peuvent courir lorsque l'acte arbitral n'a pas été reconnu tel.

Nous répondrons que l'art. 443, qui a fixé le délai dans lequel l'appel est recevable, n'admet aucune exception.

Maintenant, deux voies sont ouvertes pour attaquer un jugement arbitral : veut-on refuser à la décision des arbitres le nom et le caractère de jugement ? L'opposition doit être formée aux termes de l'art. 1028.

A-t-on, en supposant que ces moyens de nullité ne dussent pas être proposés ou admis, des griefs à présenter contre le jugement arbitral ? La voie de l'appel, mais dans les délais réglés par l'art. 443, est seule ouverte.

Nous convenons qu'il y a des raisons de décider, comme il a été dit ci-dessus, que l'opposition est *nécessaire* dans les cas prévus par l'art. 1028 ; qu'on ne pourrait proposer par appel les moyens de nullité indiqués dans cet article, et qu'on ne peut plaider *cumulativement* par appel les moyens de nullité et les griefs contre le jugement.

Mais s'il faut tenter successivement l'un et l'autre mode de pourvoi, ne sera-ce que lorsqu'au moyen de l'opposition il aura été statué, ou qu'on aura renoncé à plaider sur le point de savoir s'il existe un jugement arbitral, qu'on pourra faire valoir les moyens d'appel ? Nous ne le pensons pas : dès qu'il existe de tels moyens, il faut, à notre avis, exécuter simultanément les art. 443 et 1028.

Une question *préjudicielle* se presente : *Y a-t-il un jugement arbitral ?*

On doit agiter tout d'abord cette question au moyen de l'opposition ; mais,

comme elle peut être résolue contre celui qui la soumet au tribunal, et qu'il lui reste des griefs à proposer contre le *jugement*, si l'acte arbitral acquérait ce caractère par le rejet des moyens de nullité, c'est au demandeur qui succombe sur ces moyens à déclarer, dans les délais de droit, sans se départir sur son opposition, et *subsidiairement* seulement, appel du jugement frappé d'opposition.

Veut-on l'anticiper sur son appel? il exceptera de la litispendance sur cette question préjudicielle, *existe-t-il un jugement arbitral?* et cette exception *dilatoire* rendra prématurée la discussion des moyens d'appel.

Argumentera-t-on contre lui, dans l'instance d'opposition, de ce que son appel semble supposer que le jugement existe? il répondra que cet appel est, *dans l'état*, une simple mesure de précaution pour échapper, à tout événement, à la déchéance prononcée par l'art. 443.

Enfin, veut-on que l'appel non relevé soit toujours recevable, tant que l'opposition n'aura pas été dirigée contre l'acte arbitral, ou lorsqu'elle aura été rejetée par les tribunaux, ou lorsqu'elle aura été abandonnée?

Dans le premier cas, le délai pour former opposition se prolongeant jusqu'à l'exécution de l'acte arbitral (voy. *Quest.* 3381), le délai de l'appel sera donc indéfini.

Dans le second cas, sera-ce par le délai de trois mois à courir du jugement de rejet de l'opposition ou de la signification du jugement, que se prescrira la faculté d'être appelant?

Dans le troisième, quand l'abandon sera-t-il certain et suffisamment connu, *à l'effet* de faire commencer à courir le délai de l'appel?

Mieux vaut donc exécuter simultanément les art. 443 et 1028, et, en cela, on agira avec d'autant plus de prudence, que, par arrêt du 27 fév. 1817, la Cour royale de Rennes a très expressément décidé que les parties ayant la faculté de proposer, soit par appel, soit par voie d'opposition, les moyens de nullité contre un jugement arbitral, il s'ensuivrait que celles qui ont joint dans un acte d'appel les moyens du fond et ceux de nullité, se sont rendues non recevables à demander qu'il soit sursis à l'appel jusqu'à ce que le jugement soit rendu sur les moyens de nullité par le juge compétent, suivant l'art. 1028.

[[La difficulté, ainsi qu'on le voit, consiste dans la marche à suivre, lorsqu'une partie croit avoir, à la fois, contre une sentence arbitrale, des moyens d'opposition et des moyens d'appel, ce qui soulève, comme l'indique la discussion de M. Carré, plusieurs questions importantes d'attribution et de déchéance.

Ainsi, il est certain qu'interjeter appel du jugement, soit avant, soit après l'action en nullité, c'est renoncer à cette action d'une manière implicite, puisque c'est reconnaître à l'acte arbitral les caractères d'une décision judiciaire.

Toutefois, une exception à cette règle a été justement admise par la Cour de cassation, le 27 mai 1818 (*J. Av.*, t. 14, p. 773), et par M. Goubeau, t. 1, p. 81), dans le cas où il a été renoncé à l'appel dans le compromis; car, lors même que les parties auraient recours à cette dernière voie, leur action, repoussée par une insurmontable fin de non-recevoir, devrait dès lors être considérée comme non avenue. De même, si, à raison des faits énumérés dans l'art. 1028, la partie avait substitué par erreur la voie de l'appel à celle de l'opposition, nous pensons, avec M. Thomine Desmazures, t. 2, p. 686, qu'il ne peut être ici question de déchéance, puisque c'est bien la nullité de l'acte comme *jugement* que l'on entendait demander, mais seulement d'une erreur qu'il est facile de réparer, puisque la durée de l'action en nullité est de trente ans.

Il n'est pas moins vrai que l'action en nullité ne se confond pas avec l'appel, et qu'il ne serait pas permis de la porter de prime abord devant la Cour royale,

serait-ce pour cause de connexité ; c'est une demande particulière, principale, soumise aux deux degrés de juridiction.

Enfin, il nous semble incontestable que le délai de l'appel contre une sentence arbitrale court dans tous les cas du jour de la signification, comme nous l'avons dit sur la *Quest.* 3370 *quater*, et ce n'est pas une objection sérieuse que celle qui consisterait à regarder l'acte comme revêtu de son caractère juridique à partir seulement du rejet de l'opposition ; car ce caractère est imprimé à la décision arbitrale par l'ordonnance d'*exequatur*, et la demande en nullité peut, non pas l'effacer, mais bien le mettre en question.

L'opinion de M. Carré a été admise par la Cour de Rennes, le 24 août 1816 (*J. Av.*, t. 16, p. 528; DEVILL., *Collect. nouv.*, 5.2.191), et par M. DE VATIMESNIL, p. 659, n°s 318 et 319.

D'autres modes de procéder ont été proposés : M. MONGALVY, p. 264, n° 332, veut que la partie qui aura contre un jugement des moyens de nullité et des moyens d'appel, soit tenue d'opter entre les uns et les autres. Rien dans la loi ni en équité n'autorise une semblable exclusion. Qui soutiendrait d'ailleurs que si, avant l'expiration de trois mois, l'action en nullité était jugée et rejetée, l'appel n'est plus recevable? C'est pourtant l'inévitable conséquence de l'opinion de M. Mongalvy.

Celle de M. GOUBEAU, t. 1, p. 521, est diamètralement contraire. D'après cet auteur, le délai de l'appel ne commence à courir que du jour où l'action en nullité a été rejetée. Mais ce système nous ramène à l'objection qui le détruit, l'action en nullité pouvant être intentée pendant 30 ans, ou, par voie d'exception, d'une manière indéfinie. L'appel serait donc recevable de la même manière?

Pour prévenir toutes les difficultés il n'aurait fallu que quelques mots de la loi; nous avons souvent exprimé le même regret dans notre travail sur l'arbitrage : mais enfin la loi est muette, et le système de M. Carré nous paraît le plus simple; nous lui donnons une complète adhésion.

Toutefois, nous pensons qu'il n'y aurait pas nullité, si, en interjetant appel, la partie se réservait d'agir en temps convenable contre le jugement arbitral par voie d'action en nullité.

Remarquons au surplus qu'à l'égard du compromis atteint d'une nullité absolue et d'ordre public, une renonciation expresse des parties ne les empêcherait pas de s'en prévaloir. L'embarras ne commence que lorsqu'il s'agit de l'un de ces vices que les compromettants peuvent effacer, sinon par une renonciation antérieure, au moins par un acquiescement formel.]]

[[**3382** bis. *Tous les moyens d'opposition doivent-ils être présentés simultanément, à peine de déchéance?*

M. BELLOT, t. 3, p. 516, admet l'affirmative sur cette question, par analogie des règles ordinaires.

Cette raison est loin de nous paraître satisfaisante; car l'opposition ordinaire n'a rien de commun avec la demande en nullité, et l'on ne peut par conséquent appliquer à cette dernière l'adage : *Opposition sur opposition ne vaut.* Il ne peut être non plus question de l'art. 186, d'après lequel toutes les exceptions dilatoires doivent être présentées à la fois, puisqu'ici, non-seulement la loi ne prononce pas de déchéance, mais encore elle ne fixe pas le délai dans lequel l'action doit être intentée. Un argument plus puissant, en faveur de la même opinion, résulte d'un arrêt de Cassation du 29 janv. 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 25; DEVILL., *Collect. nouv.*, 6.1.373) : lorsque la nullité de la sentence, pour l'un des motifs exprimés dans l'art. 1028, a été inutilement demandée devant les tribunaux, la validité de cet acte se trouve protégée par l'autorité de la chose jugée contre laquelle il n'est plus possible de revenir. Une action postérieure

implique en effet que la demande est la même, qu'elle s'élève entre les mêmes parties, qu'elle est fondée sur la même cause (art. 1351, Cod. civ.). A la vérité le moyen est différent : mais il est généralement reconnu que l'identité de moyens n'est pas nécessaire pour constituer l'exception de la chose jugée, et ce principe n'est pas moins vrai en ce qui concerne les sentences arbitrales.(*Voy.* sous l'art. 503, notre *Quest.* 1798, t. 4, p. 385.)]]

3383. *Un acte qualifié* JUGEMENT ARBITRAL *est-il nul pour le tout, par cela seul que les arbitres ont jugé hors des termes du compromis* [[*ou commis l'une des infractions prévues par l'art.* 1028,]] *sur quelques-uns des points qui leur avaient été soumis ?*

Cette question a été résolue pour l'affirmative, par arrêt de la Cour de Gênes du 2 juill. 1810 (*Voy.* S., 11.2.209), et par arrêt de la Cour de Rennes du 14 avril 1812, par le motif que l'art. 1028 porte que, dans les cas qu'il spécifie, les parties demanderont *la nullité de l'acte qualifié jugement arbitral*: expressions qui embrassent l'acte dans sa totalité et non dans une partie seulement.

Il existe, à la vérité, un arrêt de la Cour de cassation du 31 mai 1809 (*Voy.* S., 9.1.353), qui a décidé que lorsqu'un jugement arbitral comprend des décisions distinctes sur des objets différents dont l'un est *dans les termes*, l'autre *hors des termes du compromis*, la nullité ne s'applique qu'à la décision viciée d'excès de pouvoir.

Mais il faut remarquer que cet arrêt se rapporte à un jugement arbitral rendu sous l'empire de la loi du 24 août 1790, c'est-à-dire, ainsi que la Cour suprême l'exprime dans ses considérants, à une époque où il n'y avait aucune loi qui défendît aux juges d'ordonner l'exécution des dispositions qu'ils trouvaient conformes au compromis souscrit par les parties, après avoir annulé ou retranché celles qui contenaient un excès de pouvoir.

Ainsi la Cour, en déclarant, dans les mêmes considérants, que les inductions qu'on pourrait tirer de l'art. 1028, Cod. proc. civ., pour soutenir que la division des décisions ne pouvait avoir lieu, n'avaient pas d'application à l'espèce, paraît avoir reconnu que l'on devrait prononcer autrement aujourd'hui : d'où il suit que l'arrêt précité, loin de contrarier la décision des Cours de Gênes et de Rennes, paraît l'avoir adoptée d'avance.

Vainement encore opposerait-on que la division des décisions a toujours été autorisée à l'égard des jugements rendus par les tribunaux de justice.

Nous n'entendons point contester cette assertion; mais nous ne nous en tiendrons pas moins au texte de la loi, qui fait évidemment exception à l'égard des décisions arbitrales, puisqu'il prononce, non pas l'annulation de celles des dispositions contre lesquelles seulement porteraient les moyens énoncés dans l'art. 1028, mais l'annulation de l'acte qualifié jugement arbitral : d'où il résulte évidemment qu'il suffit qu'une disposition soit vicieuse pour qu'il n'y ait pas de jugement arbitral, et, par suite de conséquences, pour qu'aucune des autres dispositions de ce jugement ne puisse subsister.

[[MM. MONGALVY, p. 266, n° 353, et BELLOT, t. 3, p. 489, partagent cette opinion. Toutefois, par une contradiction assez étrange, le premier de ces deux auteurs admet la divisibilité, lorsque la nullité provient de ce qu'il a été statué sur choses non demandées; mais n'est-il pas évident que si les faits énumérés dans l'art. 1028 emportent l'anéantissement du jugement tout entier, fût-il composé de divers chefs, cette distinction devient inadmissible, la nullité étant la même dans tous les cas ?

Quant à la décision de ces auteurs, il nous est impossible de l'adopter, à moins que les divers chefs du jugement ne soient indivisibles, ou dépendants les uns des autres, ou qu'il ait été convenu dans le compromis que, faute de statuer sur

tous les chefs, la sentence serait nulle en son entier. A défaut de ces circonstances, nous ne voyons pas pourquoi l'adage, *tot capita, tot sententiæ* ne s'appliquerait pas aux jugements arbitraux aussi bien qu'à tous les autres. Nous avons dit, *Quest.* 3330, que, lorsque les arbitres, pressés par le temps, n'ont rendu de décision définitive que sur certains points, la sentence n'est pas moins valable. Or, qu'importe que, sur les autres, il soit intervenu une décision nulle, ou qu'il n'en soit pas intervenu? L'objection tirée des expressions de l'art. 1028 n'est qu'une équivoque : lorsque la loi parle de la nullité de l'acte, en général, c'est qu'elle suppose *tout* l'acte infecté des vices précédemment énumérés. La question reste donc entière pour les cas de nullité partielle et se résout par l'adage que nous avons rappelé, et auquel rien ne prouve qu'il ait été dérogé en cette matière; c'est aussi ce que décident MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 205 ; THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 685; DE VATIMESNIL, p. 659, n°s 318 et 319; RODIÈRE, t. 3, p. 36, et SOUQUET, v° *Arbitrage*, au 25e tabl., 5e col., n°s 42 à 45. *Voy.*, dans le même sens, arrêts de Metz, 15 déc. 1814 (*J. Av.*, t. 16, p. 472); Toulouse, 3 juin 1828 (*J. P.*, 3e éd., t. 21, p. 1518), et Paris, 30 mai 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 694).]]

3384. *L'action en nullité peut-elle être formée par acte d'avoué à avoué, lorsque le jugement arbitral, revêtu de l'ordonnance du président, a été signifié avec constitution d'avoué?*

M. PIGEAU, t. 1, p. 32, dit bien que l'on peut, sans être tenu d'observer le délai fixé pour l'opposition par l'art. 162, arrêter l'exécution, conformément à cet article, en déclarant, sur les commandements ou procès-verbaux de saisie, qu'on entend se pourvoir par voie de nullité; mais loin d'en conclure que l'opposition puisse être signifiée par acte à l'avoué constitué par ces commandements ou procès-verbaux, il dit qu'il faut *assigner* ensuite ; ce qui suppose un exploit à partie.

La Cour de Rennes s'est prononcée d'une manière encore plus formelle en jugeant, par arrêt du 13 mai 1812, dans une espèce où l'opposition en nullité avait été signifiée à un avoué constitué dans l'exploit de signification de ce jugement, que cette opposition n'était pas recevable, parce qu'elle devait être formée par exploit d'ajournement, comme introductive d'une instance nouvelle, l'ordonnance d'exécution ne pouvant être assimilée à un jugement par défaut, qui suppose une instance liée entre deux ou plusieurs parties.

[[Cette solution est fondée sur les véritables principes de l'opposition en nullité, et l'opinion des auteurs est unanime dans ce sens : *voy.* du reste nos observations sur la *Quest.* 3381.]]

3385. *Si on déclarait s'opposer au jugement arbitral lui-même, au lieu de déclarer s'opposer à l'ordonnance, l'opposition serait-elle nulle?*

La Cour de Rome, par arrêt du 5 oct. 1810 (S. 5.2.465), a jugé la négative, attendu que la loi ne prescrit point d'expressions *sacramentelles*, et que s'opposer à la sentence arbitrale, c'est s'opposer à l'ordonnance, qui ne fait qu'un même acte avec elle.

[[Nous partageons le sentiment de M. Carré; cependant, comme la Cour de Colmar paraît, dans un arrêt du 29 mai 1813 (*J. Av.*, t. 16, p. 513; DEVILL., *Collect. nouv.* 4.2.320), avoir attaché de l'importance à ce que l'ordonnance d'*exequatur* soit littéralement attaquée, nous conseillons aux parties de la comprendre dans leur opposition.]]

3386. *L'opposition à l'ordonnance d'exécution d'un jugement arbitral rendu en dernier ressort est-elle suspensive de cette exécution?*

La Cour de Paris, par arrêt du 14 sept. 1808 (*voy* S. 8.2.283 et *J. Av.*, t. 12, p. 623), avait résolu négativement cette question, attendu que la demande en nullité *s'identifiant* avec l'opposition à l'ordonnance d'exécution, est, comme la requête civile, une voie extraordinaire qui fait suspendre un jugement arbitral rendu en dernier ressort.

Mais ces considérations n'ont pas empêché la Cour de Bruxelles de décider autrement, par arrêt du 4 mai 1809. (S. 9.2.257; *J. C. S.*, t. 3, p. 118.) Elle a considéré :

1° Que l'art. 1028 renfermait deux dispositions distinctes dans les cinq exceptions qu'il prescrit; l'une par laquelle la loi autorise celui qui se trouve ou croit se trouver dans l'une de ces cinq exceptions, à se pourvoir par opposition à l'ordonnance d'exécution, et l'autre à demander la nullité de l'acte qualifié jugement arbitral;

2e Que si la seule demande en nullité ne doit pas plus suspendre l'exécution que la requête civile, il faut en conclure que la loi, y adjoignant l'opposition à l'ordonnance d'exécution, a voulu que l'exécution fût suspendue; sans quoi elle n'aurait rien voulu en prescrivant cette opposition, vu que sans cela la demande en nullité aurait suffi.

Enfin, la Cour de Rome, par l'arrêt cité sur la précédente question, a décidé, comme la Cour de Bruxelles, que l'opposition était suspensive. Elle s'est fondée sur l'art. 159, qui veut que l'opposition, régulièrement formée à un jugement par défaut, en suspende l'exécution.

Or, la loi, dit cette Cour, n'est pas limitative, et doit recevoir son application au cas de l'opposition formée, en vertu de l'art. 1028, à l'ordonnance d'exécution apposée au pied d'une décision arbitrale, avec d'autant plus de raison qu'il s'agit alors non pas d'un jugement, mais d'une simple ordonnance, qui se délivre sans que la partie intéressée ait été appelée.

Nous pensons, comme la Cour de Paris, que l'opposition à l'ordonnance d'exécution s'identifie avec l'action en nullité, puisque l'art. 1028 porte que les parties se *pourvoiront* par cette opposition *devant le tribunal* qui aura rendu l'ordonnance. Or, le pourvoi constitue l'action.

S'il est ajouté que les parties *demanderont* la nullité, c'est uniquement pour indiquer l'objet du pourvoi; en un mot, le mode de pourvoi est une opposition à l'ordonnance d'exécution; la fin du pourvoi est la nullité de l'acte arbitral : donc l'opposition à l'ordonnance et l'action en nullité sont inséparables; donc les motifs de la Cour de Bruxelles doivent être écartés.

Quant à ceux de la Cour de Rome, ils le sont, à notre avis, par les raisons exposées sur la quest. 3384; l'ordonnance d'exécution ne peut, en effet, être assimilée à un jugement par défaut, puisqu'elle est rendue *parties non appelées*.

Mais conclurons-nous de ces observations que l'opposition à l'ordonnance, ou l'action en nullité, qui est la même chose, ne soit pas suspensive de l'exécution de l'acte arbitral? La Cour de Paris se prononce pour l'affirmative, parce que cette opposition ou action est, comme la requête civile, une voie extraordinaire. Nous répondons que toute opposition est de sa nature suspensive, et qu'il faut, pour qu'elle ne le soit pas, que la loi l'ait exprimé, comme elle l'a fait dans l'art. 135, pour les jugemens par défaut; que si la requête civile, le pourvoi en cassation, ne suspendent pas l'exécution, c'est encore parce que la loi l'a dit. (*Voy.*, pour la requête civile, *le Code de procédure*, art. 497, et pour la cassation, *loi du* 1er *décembre* 1790, art. 16, et *le nouv. Répert.*, au

mot *Cassation*, § 6, n° 6.) Mais on ne trouvera nulle part une disposition législative qui autorise l'exécution des actes arbitraux, nonobstant l'opposition ou l'action en nullité : il faut donc ici revenir aux principes du droit commun; car ce n'est pas par induction que l'on peut décider en faveur de l'exécution d'un acte attaqué, et surtout, comme dans notre espèce, d'un acte attaqué dans sa substance.

Nous conviendrons que M. le tribun MALLARMÉ (*voy.* édit. de F. Didot, p. 370), assimile l'action en nullité au pourvoi en cassation, en disant qu'au lieu de cette voie longue et difficile, la loi en ouvre une courte et facile, qui est l'action en nullité. (Voy. *le Comment.* de l'article, *suprà*, p. 801.) Mais il faut remarquer que cette voie est ouverte aux parties, *pour empêcher l'exécution* des jugements arbitraux, quand ils ont été rendus sans pouvoir ou par excès de pouvoir. M. PIGEAU, t. 1, p. 32, dit aussi que l'opposition peut se former *avant l'exécution*, *pour en* **PRÉVENIR** *les effets.*

Il nous semble, enfin, que le législateur, en qualifiant, par ces expressions, ...*opposition à l'ordonnance d'exécution*..., l'action en nullité de l'acte arbitral, a formellement exprimé l'intention que cette action fût suspensive. Que serait-ce, en effet, qu'une *opposition* à une ordonnance d'*exécution*, qui ne pourrait ni prévenir, ni arrêter cette exécution? Ce serait un acte insignifiant, et évidemment mal qualifié.

C'est par ces motifs, et non par ceux exprimés dans les considérants de la Cour de Paris, que nous croyons devoir résoudre, comme elle l'a fait, la question controversée que nous venons de discuter (1).

[[Rien n'est plus exact, à notre avis, et plus conforme au véritable caractère de l'opposition en nullité que les observations de M. Carré sur les deux arrêts précités de Bruxelles et de Rome, arrêts dont le premier distingue l'opposition de la demande en nullité, et dont le second assimile cette opposition à celle des jugements par défaut. M. GOUBEAU, dans son *Traité sur l'Arbitrage*, est tombé dans la même erreur, et c'est ce qui explique la décision de cet auteur, que nous avons critiquée sous la *Quest.* 3381. Quant à la solution de M. Carré, elle nous paraît également à l'abri de toute critique, bien qu'à l'arrêt contraire de Paris on puisse ajouter un nouvel arrêt de cette Cour, en date du 14 mars 1825 (*J. P.*, 3e éd., t. 13, p. 944).

Remarquons, d'ailleurs, que la question peut se présenter sous une triple face : 1° la sentence arbitrale est susceptible d'appel; mais la partie condamnée a préféré prendre la voie de l'action en nullité. L'exécution, commencée ou non en ce moment, sera-t-elle par ce fait suspendue? 2° les parties ont donné aux arbitres pouvoir de juger en dernier ressort. La sentence est donc inattaquable par la voie de l'appel. L'exécution, en supposant qu'elle soit interrompue dans la première hypothèse, doit-elle être continuée dans celle-ci? 3° enfin, il ne s'agit plus de l'exécution ordinaire, mais de l'exécution provisoire, ordonnée par le jugement : la demande en nullité en opère-t-elle la suspension?

Le premier cas ne présente aucune difficulté. L'opposition ne peut produire un effet moindre que l'appel, que toutes les voies de recours qui, naturellement, arrêtent l'exécution. D'ailleurs, les termes mêmes dont se sert la loi révèlent manifestement sa pensée : *s'opposer* à l'ordonnance d'*exequatur*, n'est-ce pas empêcher qu'elle ne produise son effet?

Le second cas semble un peu plus difficile à résoudre, puisque, dans l'hypo-

---

(1) Nous ajouterons que l'arrêt du 9 nov. 1812 (S., 13.2.513) confirme cette décision, par le motif que l'action donnée par l'art. 1028 ayant pour objet d'établir que les arbitres ont jugé au delà des pouvoirs reçus des parties, leur décision ne peut avoir la prérogative de l'exécution provisoire.

thèse qu'il prévoit, le recours en cassation ou la requête civile, seules voies de recours possibles, ne suspendraient pas l'exécution; mais il en est autrement, selon nous, de l'opposition en nullité, qui attaque le jugement en lui-même, qui en conteste l'existence comme jugement. Les arbitres sont accusés d'avoir statué sans compromis ou sur compromis nul ou expiré, c'est-à-dire de n'être pas arbitres. Comment attribuer l'effet d'un jugement, l'exécution, à un acte ainsi ébranlé dans sa base?

Ces considérations deviennent plus puissantes encore, lorsque l'exécution provisoire a été ordonnée. L'attaque qui porte sur la substance d'un acte judiciaire doit en retarder d'autant plus l'effet que cet effet est plus considérable. La question a été résolue dans ce sens par un arrêt de Paris du 9 nov. 1812 (*J. Av.*, t. 12, p. 626; Devill., *Collect. nouv.*, 4.2.194), cité en note par M. Carré.

L'exécution provisoire ordonnée par les arbitres ne concerne pas l'opposition ordinaire, puisqu'il n'y a pas de voie d'opposition ouverte devant eux (art. 1016); elle ne peut donc concerner que l'appel, car l'art. 1024, relatif à cette exécution provisoire, s'en réfère aux règles générales. Pour que l'opposition dont parle l'art. 1028 fût comprise dans la faculté accordée par l'article 1024, il fallait donc évidemment que le législateur le dît en termes exprès, ce qu'il n'a pas fait, et ce qu'on ne peut suppléer.

M. Thomine Desmazures, t. 2, p. 686, propose cependant une distinction : l'opposition arrête l'exécution provisoire, lorsqu'elle nie l'existence du compromis; non lorsqu'elle porte seulement sur la validité de la sentence, auquel cas, dit cet auteur, elle remplace l'appel, qui ne suspend pas l'exécution provisoire. Nous croyons qu'il est tout aussi dangereux, en cette matière, d'assimiler l'opposition à d'autres voies de recours, que de distinguer entre les moyens à raison desquels elle est ouverte. Tous ces moyens s'écartent des règles ordinaires et proviennent de faits particuliers à l'arbitrage, c'est-à-dire de la nécessité du compromis, de la limitation du pouvoir des arbitres et du temps de sa durée, etc. Sans la réunion de toutes les conditions requises, les arbitres ne sont plus des juges, mais de simples particuliers; leur décision n'a donc nulle force exécutoire, ou, si l'ordonnance du président la lui a momentanément imprimée, elle la perd du moment où le vice est reconnu. Tels sont les motifs qui suspendent l'exécution ordinaire ou provisoire, et ces motifs sont les mêmes dans tous les cas; c'est ce que reconnaissent MM. Mongalvy, p. 265, n° 352; Favard de Langlade, t. 1, p. 207; Goubeau, t. 1, p. 464; Dalloz, t. 1, p. 781; Boitard, t. 3, p. 486; de Vatimesnil, p. 659, n° 317; Bellot, t. 3, p. 508, et Rodière, t. 3, p. 37.]]

[[**3386** bis. *L'ordonnance d'*EXEQUATUR *ne peut-elle être attaquée par voie d'opposition que dans les cas spécifiés par l'art.* 1028?

Comment faut-il entendre les termes de cet article, notamment ces expressions: ...HORS DES TERMES DU COMPROMIS ;... CHOSES NON DEMANDÉES?

Un principe qui domine la solution de toutes les difficultés que soulève la question proposée, c'est qu'il doit être interdit de former opposition à l'ordonnance d'*exequatur* pour d'autres motifs que ceux qui sont énoncés dans l'article 1028.

La raison de cette décision se conçoit aisément : l'opposition en nullité est non-seulement une voie de recours extraordinaire, mais encore une voie tout exceptionnelle, et qui ne s'explique que par la nature toute particulière de la juridiction créée par l'arbitrage. Les autres voies de recours doivent être exercées, à peine de déchéance, dans un délai assez restreint : pour la seule opposition en nullité, la loi n'en fixe point. L'appel ne suspend pas l'exécution pro-

visoire; la requête civile et le pourvoi en cassation n'arrêtent même pas l'exécution ordinaire. Nous avons vu, sous la question précédente, que l'action autorisée par l'art. 1028 produit un effet bien plus énergique. De tels priviléges à l'encontre de jugements, émanation de l'autorité publique, impliquent nécessairement une exception qu'il faut restreindre aux termes dans lesquels elle est conçue : aussi, le principe en lui-même n'est-il pas contesté. On peut consulter sur ce point MM. Berriat Saint-Prix, p. 403, note 28; Favard de Langlade, t. 1, p. 204, et les arrêts de Rouen, 24 mai 1810 (Dalloz, *Jurisp. gén.*, t. 1, p. 811); Paris, 5 oct. 1815 (*J. Av.*, t. 26, p. 523).

M. Goubeau, t. 1, p. 471, en reconnaissant que l'opposition n'est admissible que dans les cas déterminés par l'art. 1028, y ajoute tous ceux qui intéressent l'ordre public; mais cette précision n'a pas de sens, puisque le n° 2 de l'article, au nombre des moyens qui donnent lieu à cette action, comprend le cas où le compromis serait *nul*, ce qui rentre précisément dans l'espèce prévue par M. Goubeau.

Ainsi, pas de difficulté sur le principe; mais les expressions parfois un peu vagues de l'art. 1028 ont donné lieu à des interprétations abusives; c'est pour les prévenir que nous essaierons de déterminer, aussi exactement que possible, la portée des diverses dispositions de cet article.

Si le jugement a été rendu sans compromis : Ces mots ne permettent pas d'équivoque. Il importe peu que le compromis n'ait jamais existé, ou que la preuve de son existence soit impossible.

Ou *hors des termes du compromis.* Il faut entendre sainement ces derniers mots.

Pour qu'un jugement soit censé rendu hors des termes du compromis, il faut, ou qu'il ait statué sur des questions non soumises aux arbitres, comme dans les espèces jugées par les Cours de Colmar, 31 juill. 1811 (*J. Av.*, t. 16, p. 502); Grenoble, 26 juin 1817 (*ibid.*, t. 16, p. 534), ou qu'il ait enfreint des stipulations expresses, non équivoques, et qui, si elles ne sont écrites dans le compromis, résultent de la nature même des choses. Ainsi, le pouvoir de s'ériger en amiables compositeurs, de prononcer sur leur compétence ou sur les récusations élevées contre l'un d'eux, etc., n'appartient pas de droit aux arbitres. Si donc il ne leur est pas attribué par le compromis, le jugement rendu sur ces divers points tombe sous le coup de la disposition de l'art. 1028. Besançon, 18 déc. 1811 (*J. Av.*, t. 16, p. 505), Cass. 1er juin 1812; Paris, 17 mai 1813 (*J. Av.*, t. 4, p. 589; Devill., *Collect. nouv.*, 4.1.111; 2.309); Bruxelles, 3 avril 1830 (*J. Av.*, t. 41, p. 660). *Voy.* aussi notre *Quest.* 3389.

Cette explication suffirait pour résoudre la question de savoir si les arbitres qui statuent seulement sur quelques chefs de demande s'écartent des termes du compromis. Oui, si le compromis ou la nature des objets qu'il embrasse nécessite un jugement sur tous les points; non dans le cas contraire. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation, le 30 nov. 1834 (*J. Av.*, t. 48, p. 231). *Voy.*, d'ailleurs, nos *Quest.* 3330 et 3383.

L'inobservation des formes ordinaires ne rentre pas non plus, comme l'ont dit quelques auteurs, dans cette classe de nullités; car il s'agit là d'un fait négatif, quoique, du reste, répréhensible, et à raison duquel est ouverte la requête civile (*Quest.* 3371).

S'il l'a été sur compromis nul ou expiré. Le compromis est *nul*, ou par la qualité des arbitres, ou par celle des parties, ou par la nature des objets soumis au compromis, ou enfin parce que cet acte manque des conditions nécessaires à sa validité. Il suffit de se reporter sur tous ces points aux art. 1003 à 1006. Les arrêts de Cass., 10 déc. 1810 (*J. Av.*, t. 16, p. 501), et d'Agen, 5 janvier 1825 (*ibid.*, t. 29, p. 169), ont été rendus en application de ce principe.

S'il n'a été rendu que par quelques arbitres non autorisés à juger en l'absence des autres. La participation des arbitres au jugement s'établit par leur signature. Le moyen de nullité pris de ce que tous n'ont pas signé doit donc être proposé par la voie de l'opposition; la Cour d'Orléans, le 14 mars 1822 (*J. Av.*, t. 16, p. 541), l'a décidé de cette manière.

S'il l'a été par un tiers, sans en avoir conféré avec les arbitres partagés. On ne pourrait assimiler à ce cas celui où le tiers ne se serait pas conformé à l'avis des arbitres. Les termes de l'art. 1028 sont limitatifs; mais ce fait donne lieu à l'application du n° 1 de cet article, ainsi qu'il est dit sous la *Quest.* 3388.

S'il a été prononcé sur choses non demandées. Ici, quelques observations sont nécessaires.

Lorsque les arbitres ont accordé à une partie plus qu'elle ne demandait, mais sans sortir des termes du compromis, on ne peut dire qu'ils aient statué sur choses non demandées. Il y a là un moyen de requête civile, non d'opposition. (*Voy.* notre *Quest.* 3373 *bis*.)

La sentence serait irréprochable, si les arbitres avaient attribué à l'un des compromettants certains droits, non explicitement réclamés, mais qui sont la conséquence naturelle du jugement. C'est là une question d'appréciation abandonnée aux tribunaux (1).

Il n'y a pas non plus excès de pouvoir, il n'y a pas du moins ouverture à opposition, à raison de formes ou d'incidents imprévus du procès, si par exemple les arbitres prononcent que des pièces fournies sans être signées ne seront pas examinées avant d'avoir été régularisées. En un mot, les expressions du n° 5 de l'article ne s'entendent que des choses qui tiennent à l'essence du compromis.]]

3387. *Quelle serait la voie de se pourvoir contre une sentence rendue en matière d'arbitrage volontaire, sans avoir entendu les parties ou sans qu'elles eussent été mises à portée de l'être ou de fournir leurs moyens et pièces?*

Il est sans doute de l'essence de tous les jugements, même de ceux qui sont rendus par des arbitres volontaires ou forcés, que la décision ne soit prononcée qu'après audition des parties, ou du moins après qu'elles ont été mises à portée d'être entendues ou dûment appelées. L'inobservation de cette règle donnait lieu à cassation avant la publication du Code de procédure. (*Voy.* Cassat., 7 brum. an XIII, S. 17.2.787.)

Mais aujourd'hui que ce pourvoi n'est plus admis, d'après la dernière disposition de l'art. 1028, à l'égard des arbitres volontaires, Cass., 18 déc. 1810 (S. 11.1.86; *J. Av.*, t. 3, p. 82), sera-ce par la voie de l'opposition en nullité qu'on devra se pourvoir?

La Cour de cassation a décidé le contraire, par arrêt du 17 oct. 1810 (S. 11. 1.57), dans une espèce où les arbitres avaient condamné une des parties à payer le reliquat d'un compte, sans qu'il en eût été donné communication et sans qu'elle eût été sommée de le discuter.

Il résulte aussi de ce même arrêt et du texte de l'art. 1027, que la requête civile serait également non recevable, en sorte que, dans le cas de renonciation à l'appel, nul pourvoi n'est admis dans les circonstances dont il s'agit.

Ainsi, comme le fait observer M. Coffinières, en rapportant cet arrêt (*J. Av.*,

---

(1) [La condamnation aux dépens ne peut pas être considérée comme un accessoire nécessaire, *voy.* notre *Quest.* 555, t. 1er, p. 658.—Donc si les parties n'ont pas conclu à la condamnation des dépens, les arbitres ne peuvent pas la prononcer, et s'ils la prononcent, il y a ouverture à requête civile, parce qu'ils accordent plus qu'il n'est demandé. *Voy.* notre *Quest.* 1749, t. 4, p. 333.]

t. 3, p. 7), ceux qui confient à des arbitres la décision *souveraine* de leurs différends doivent se tenir en garde contre toute surprise dont l'effet peut souvent être irréparable ; ils ne doivent pas oublier que la fixation d'un délai pour la prononciation du jugement les oblige à produire leurs moyens dans le même délai ; qu'enfin, dès que le demandeur a pris ses conclusions, le défendeur, comme l'a encore décidé l'arrêt ci-dessus du 5 novembre, n'a pas besoin, pour produire ses exceptions, qu'il en soit sommé par son adversaire.

[[Tel est également l'avis de MM. GOUBEAU, t. 1, p. 475; DALLOZ, t. 1, p. 795, not. 1 ; BELLOT, t. 3, p. 508. Nous croyons aussi que ce n'est pas la voie de l'action en nullité qu'il faut prendre en ce cas, puisqu'elle est restreinte à ceux qu'énumère l'art. 1028, mais nous ne pouvons admettre que les parties qui ont éprouvé un tel déni de justice soient sans recours contre les arbitres. La voie de la requête civile leur reste ouverte, comme nous l'avons dit dans nos observations sur le n° 3354.]]

3388. *Pourrait-on se pourvoir par voie d'opposition, si le tiers arbitre ne s'était pas conformé à l'avis des autres arbitres ?*

Oui, dit avec raison M. PIGEAU, t. 1, p. 33; car lorsque les parties compromettent, elles stipulent tacitement que tous les points non réglés par elles le seront par la loi sur le compromis, et que, par conséquent, le tiers prendra l'avis d'un des premiers : le tiers juge est donc hors des termes du compromis, s'il ne prend l'un de ces avis, et sa décision est nulle.

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 685, se fonde également, pour établir cette interprétation des termes de l'art. 1028, n° 1, sur l'intention présumée des parties. Il résulte au contraire de nos explications sur la *Quest.* 3386 *bis*, que, pour qu'un jugement soit censé rendu hors des termes du compromis, il faut qu'il soit manifestement inconciliable avec les dispositions de cet acte; mais la décision des auteurs précités se justifie par une autre raison. La loi, en exigeant que le tiers arbitre se conforme à l'une des opinions exprimées, détermine en quelque sorte elle-même l'objet du compromis à son égard, indépendamment de la volonté des parties; former son opinion en dehors des porcès-verbaux qui lui sont soumis, c'est donc changer l'objet de ses fonctions; c'est par conséquent donner lieu à l'action en nullité, conformément à la disposition de l'art. 1028, n° 1.]]

3389. *Peut-on se pouvoir par voie de nullité contre une décision arbitrale illégalement qualifiée en dernier ressort?*

Avant la publication du Code de procédure, la Cour de cassation avait prononcé affirmativement sur cette question, notamment par un arrêt du 30 avril 1806, rapporté par DENEVERS, 1806, p. 141 (J. C. S. t. 3, p. 109).

Mais les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 413, et M. DENEVERS, *ubi suprà*, p. 142, pensent que les art. 453 et 454 du nouveau Code s'opposent à ce que l'on suive aujourd'hui cette jurisprudence.

On peut, à la vérité, suivant l'art. 1028 du Code, se pourvoir en nullité contre un jugement arbitral rendu *hors des termes du compromis*; or, les arbitres volontaires qui prononcent *en dernier ressort*, lorsque le compromis ne les autorise à juger qu'*à la charge d'appel*, excèdent leur pouvoir; leur jugement est rendu *hors des termes du compromis :* il paraît donc que, dans ce cas, le jugement arbitral pourrait être attaqué en nullité par voie d'action principale.

Mais, aux termes de l'art. 453, les jugements mal à propos qualifiés en *dernier ressort* sont sujets à l'appel : la qualification du *dernier ressort* ne peut donc exclure l'appel de ces jugements, lorsqu'elle est illégale. D'ailleurs les ar-

bitres, par cette fausse qualification, ont bien moins commis un véritable excès de pouvoir qu'une erreur, et l'on n'aurait aucun intérêt à en demander la nullité pour ce motif, puisque l'appel est autorisé par l'art. 453.

Cette opinion peut s'appuyer en outre de cette considération que l'art. 1010, admettant l'appel dans tous les cas où les parties n'y ont pas renoncé, il s'ensuit que cette voie leur est ouverte, nonobstant l'erreur dans la qualification du jugement arbitral. Telle serait, par exemple, l'espèce d'un arrêt de la Cour de Rennes du 19 nov. 1810, lequel décide que les parties qui, dans une police d'assurance, sont convenues de *terminer* par voie d'arbitrage les contestations qui pourraient survenir sur son exécution, n'ont point donné pouvoir, par cette clause, aux arbitres, de prononcer en dernier ressort, puisqu'elles n'ont pas renoncé formellement à appeler de leur décision.

Mais si les arbitres avaient eu pouvoir de statuer en dernier ressort, ce pouvoir comprend le fond et l'accessoire, par exemple, la condamnation à la contrainte par corps. Ainsi, l'on ne pourrait prétendre que la stipulation relative au dernier ressort ne s'applique pas à cette condamnation; et, sous le prétexte que le compromis n'est pas porté sur ce chef, et que l'art. 454 admet l'appel dans tous les cas d'incompétence, on ne pourrait prendre cette voie : il faudrait nécessairement recourir à l'opposition en nullité, fondée sur ce que les arbitres auraient prononcé hors des termes du compromis. (Cass., 5 nov. 1811, S. 12. 1.18, et *J. Av.*, t. 4, p. 576.) (1)

[[Sur la question de savoir si une décision arbitrale qualifiée en dernier ressort peut être attaquée par l'action en nullité, l'opinion de M. Carré nous paraît exacte, ainsi que les raisons de décider sur lesquelles il se fonde.

Il est d'ailleurs certain que le pouvoir de juger en dernier ressort comprend à la fois le principal et l'accessoire. Une exception à cette règle, à raison de la contrainte par corps, résulte de la loi du 17 avril 1832, art. 20. Mais, en ce cas, c'est par appel et non par opposition qu'on doit se pourvoir, comme l'a jugé la Cour de Toulouse, les 17 mai et 8 août 1825 (*J. Av.*, t. 31, p. 261). Il n'est pas exact de dire que les arbitres ont statué hors des termes du compromis, puisque le droit de prononcer la contrainte par corps leur appartient incontestablement, sauf erreur ou excès de pouvoir.]]

[[3389 bis. *Des tiers pourraient-ils prendre contre la sentence arbitrale la voie de l'action en nullité?*

Nous avons vu sous l'art. 1022, et notamment sur la *Quest.* 3367, que les jugements arbitraux ne peuvent, en aucun cas, être opposés à des tiers, que ceux-ci par conséquent n'ont aucun préjudice à craindre à raison de ces actes, ce qui suffit pour faire résoudre négativement la question, conformément à l'opinion de M. Goubeau, t. 1, p. 466. (*Voy.* aussi dans ce sens un arrêt d'Aix, 3 fév. 1817, rapporté et approuvé par M. Carré, sous la *Quest.* 3367.)

Remarquons d'ailleurs que l'action en nullité est une voie exclusivement réservée aux parties. A la vérité l'art. 1028 ne le dit pas; mais il est facile de voir qu'il n'en peut être autrement. En acquiesçant à l'acte arbitral, infecté de l'un des vices énoncés dans cet article, les parties lui donnent la force qui lui manque et le caractère de jugement. Nul n'a le droit de se montrer plus exigeant qu'elles-mêmes, et de renouveler un débat auquel elles préfèrent mettre fin.]]

---

(1) C'est de cet arrêt, rendu en matière d'arbitrage forcé, et déjà cité, que nous avions argumenté dans notre *Analyse*, pour maintenir qu'en cette matière la voie de nullité était admise; mais si la jurisprudence est aujourd'hui contraire sur ce point, la décision qu'il renferme sur la proposition ci-dessus n'en subsiste pas moins pour le cas où il s'agit *d'arbitrage volontaire;* elle ne peut être rejetée que dans l'autre cas.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Les dispositions générales qui terminent le Code ont pour objet, soit de prévenir, par des règles absolues et invariables, les abus qui pourraient naître de la fausse application ou de l'interprétation vicieuse de la loi, soit d'en procurer et d'en faciliter l'exécution. (Voy. *notre Introduction générale.*)

Pour atteindre ce but, elles établissent des règles pour les parties (*V.* art. 1032, 1033, 1034), les officiers ministériels (*V.* art. 1036, 1037, 1038, 1039), et les juges mêmes (art. 1036 et 1040); elles indiquent en outre plusieurs moyens d'assurer la stricte exécution d'un grand nombre de dispositions particulières. (Articles 1029, 1030, 1031, 1035, 1041, 1042.)

Art. 1029. Aucune des nullités, amendes et déchéances prononcées dans le présent Code, n'est comminatoire.

Sur les *Nullités, voy.* les art. 70, 173, 260 et suiv., 272 et suiv., 278 et suiv., 292 et suiv., 456, 480, 634, 869, etc.; sur les *Amendes*, voy. les art. 67, 213, 246 et suiv., 263, 264, 374, 471, 479, 501, 512 et suiv. 516, 1039, etc.; sur les *Déchéances,* voy. l'art. 444.—[Locré, t. 23, p. 414; nº 15, p. 444, nº 15 et p. 395, nº 3.

Questions traitées : La déchéance prononcée par jugement, dans le cas où une partie n'aurait pas fait, dans un délai donné, telle chose que ce jugement lui ordonne, est-elle réputée comminatoire? *Q.* 3390.—Quelles sont les amendes ou autres peines qui ne peuvent être réputées comminatoires? *Q.* 3391.—Le juge ne pourrait-il relever une partie de la nullité ou de la déchéance par elle encourue, lorsque la formalité prescrite par la loi, sous cette peine, a été remplie partiellement ou remplacé par des équivalents? *Q.* 3391 *bis.*]

DCXIII. La disposition générale de l'art. 1029 est sans doute la plus importante de celles que renferme le présent titre. Elle enlève aux juges la faculté qu'un long usage leur avait acquise, de ne considérer, dans bien des cas, que comme comminatoires (1) les nullités, amendes et déchéances prononcées par la loi.

Il est permis de douter, disait M. le premier président Lamoignon, lors des savantes conférences qui eurent lieu sur l'ordonnance de 1667, si les meilleures lois sont celles qui laissent le plus ou celles qui laissent le moins à l'office du juge.

Deux grands hommes de l'antiquité ont été partagés sur cette question.

L'un voulait que le principal soin du gouvernement fût de choisir des juges instruits et vertueux, et qu'après les avoir choisis tels, il leur laissât une grande liberté dans les jugements, parce qu'étant comme des lois vivantes, les juges agiraient bien mieux pour la justice que des lois écrites qui sont inanimées.

L'autre soutenait, au contraire, qu'il fallait laisser le moins de liberté qu'il se pouvait aux juges, parce que la loi étant un esprit sans passion, décidait avec plus d'impartialité et de raison que les hommes ne pouvaient le faire.

C'est ce dernier motif qui a dicté la disposition de l'art. 1029, d'après laquelle il n'est plus au pouvoir du juge de confirmer ou d'annuler un acte, de

---

(1) On appelle *disposition comminatoire*, *peines comminatoires* (du latin *comminari*, menacer), celles qui sont établies par les lois ou jugements contre ceux qui contreviennent à quelque chose, mais qui ne sont point exécutées à la rigueur.

prononcer une amende ou d'en faire la remise, de déclarer une déchéance encourue, ou d'en relever, suivant que des circonstances ou des considérations particulières pourraient l'y porter ; il ne doit, à cet égard, prendre conseil que de la loi ; son office est borné à en faire l'application littérale, sans qu'il puisse jamais en modérer ou aggraver la rigueur : heureuse impuissance qui ne pourrait déplaire qu'à un juge ambitieux, voulant se faire une balance et un poids particuliers pour chaque cause, mais dont l'effet salutaire est nécesssairement de donner à la justice un cours libre et régulier. (*Rapp. au Corps législ.*)

3390. *La déchéance prononcée par jugement, dans le cas où une partie n'aurait pas fait dans un délai donné telle chose que ce jugement lui ordonne, est-elle réputée comminatoire?*

La solution négative de cette question ne résulte pas de la disposition de l'art. 1029, où il n'est question que des déchéances prononcées par la loi elle-même; mais de ce qu'un jugement ayant prononcé d'avance qu'une partie serait déchue, si elle ne faisait dans le délai prescrit une chose qui lui est ordonnée, il y a violation de la chose jugée à la relever de cette peine, sous prétexte que la condamnation n'était que comminatoire. (*Voy.* l'arrêt de la Cour de cassation du 1er avril 1812, *Journ. des Avoués*, déjà cité sur la *Quest.* 1853; *Voy.* aussi la *Quest.* 1765.)

[[Cette distinction entre le cas où l'arrêt prononce formellement la déchéance, faute d'exécuter dans un délai ou de la manière déterminée, et celui où il ne s'explique pas à cet égard, est généralement et avec raison adoptée ; elle sert à concilier les divers arrêts rendus dans l'espèce de la question. *Voy.* Cass., 28 déc. 1824, 9 fév. 1825, 11 mars et 4 juin 1834 (*J. P.*, 3e éd., t. 18, p. 1269; t. 19, p. 167 ; t. 26, p. 273 et 595, et Devill., *Collect. nouv.*, 7.1.604 ; 8.1.42; 1835.1·39), et 21 nov. 1841 (*J. Av.*, t. 62, p. 185). *Voy.* aussi Rennes, 18 mars 1826 (*J. Av.*, t. 34, p. 341), et Bordeaux, 8 janv. 1839 (*J. P.*, 1839, t.1, p.389). C'est en vertu du même principe que nous avons résolu la *Quest.* 523 (t. 1er, p. 614), sur laquelle nous avons fait des précisions qu'il est utile de consulter. Il faut remarquer que l'opinion de M. Carré sous l'art. 122 semble contraire à celle qu'on lit ici, sous l'art. 1029. *Voy.* aussi notre *Quest.* 1976 (t. 4, p. 619).]]

3391. *Quelles sont les amendes ou autres peines qui ne peuvent être réputées comminatoires?*

Ce sont celles qui sont prononcées d'une manière absolue, comme dans les art. 67, 264, 390, 471 et 513 (1); il en est autrement de celles qui sont laissées à la prudence du juge, comme dans les art. 71, 263, 1030 et 1039 : ces dernières ne sont que *comminatoires* dans la disposition de la loi, puisqu'il est loisible au juge de les prononcer ou non.

[[A ces explications, dont l'exactitude est incontestable, il suffit d'ajouter que les amendes sont *comminatoires* de deux manières : savoir, lorsque les juges sont libres de ne pas les prononcer, ou lorsqu'ils ne peuvent statuer arbitrairement que sur leur quotité. Dans ce dernier cas, à vrai dire, la peine ne saurait être considérée comme comminatoire, les juges étant tenus de la prononcer;

(1) [Il a été jugé conformément à ce principe, que, dans le cas de rejet d'un appel, l'appelant n'en est pas moins soumis à l'amende, quoique l'arrêt n'en ait pas prononcé la condamnation. Il y aurait lieu, dans l'intérêt du trésor, à casser cet arrêt d'office pour violation de l'art. 1029 (Cassat., 9 messid. an V ; *J. Av.*, t. 2, p. 565.)]

sauf les tempéraments que la loi autorise. Aussi, quelque faible que soit le *minimum*, ne pourraient-ils se dispenser de l'appliquer, lorsque la partie ou l'officier ministériel est reconnu en faute.

Il faut distinguer, d'après le même principe, les dommages-intérêts que les tribunaux sont tenus de prononcer en certains cas, quoique l'appréciation en soit laissée à leur pouvoir discrétionnaire, et ceux (c'est d'ailleurs l'espèce la plus commune) où toute liberté leur appartient, relativement à la condamnation elle-même. *Voy.* dans le *Dict. des temps légaux*, de M. SOUQUET, aux 17e à 23e tabl., la nomenclature des amendes avec leur *minimum* et leur *maximum*, et aux 97e à 102e tabl., la série des dommages-intérêts prononcés par nos Codes.]]

[[**3391** bis. *Le juge ne pourrait-il relever une partie de la nullité ou de la déchéance par elle encourue, lorsque la formalité prescrite par la loi sous cette peine a été remplie partiellement ou remplacée par des équivalents ?*

M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 688, enseigne que ces deux circonstances rendent au juge sa liberté, qu'elles lui permettent d'examiner si le vœu de la loi a été rempli, s'il n'est résulté de l'oubli ou de l'irrégularité de la procédure aucun préjudice pour la partie qui demande la nullité, et de juger d'après cette appréciation. Il invoque la maxime du droit romain : *Et si non facilè recedendum est à solemnibus, ubi evidens æquitas poscit, subveniendum est.*

Il faut considérer qu'il s'agit dans l'art. 1029, non des formes dont la loi n'exige pas d'une manière absolue l'accomplissement, mais de celles qu'elle prescrit à peine de nullité. Or, la doctrine de M. Thomine Desmazures, trop timide dans le premier cas, en présence de l'art. 1030, qui fait plus qu'autoriser les tribunaux à ne pas prononcer cette peine, mais qui leur défend expressément de le faire, cette doctrine, disons-nous, doit en général être repoussée, quant aux formes expressément sanctionnées par la nullité ou la déchéance. Il suffit de se reporter à quelques-unes de ces dernières dispositions pour se convaincre que leur accomplissement irrégulier ou partiel doit être assimilé à l'inaccomplissement : la maxime de droit romain est évidemment inapplicable, lorsque la loi défend de s'écarter, sous aucun prétexte, des formes qu'elle trace. La règle de l'art. 1029 serait trop facilement violée, s'il était permis au juge de décider que la procédure substituée par les parties à celle de la loi remplit suffisamment son objet, et c'est surtout pour éviter cet inconvénient que l'art. 1029 a été fait.

Ce que nous venons de dire ne contrarie nullement notre système sur les équipollences qui ne se rattachent évidemment qu'à des circonstances de fait. *Voy.* nos *Quest.* 284 et 285, t. 1, p. 320 et 324, et beaucoup d'autres *passim.*

Voy. aussi ce que nous disons à ce sujet, *infrà*, *Quest.* 3392.]]

ART. 1030. Aucun exploit ou acte de procédure ne pourra être déclaré nul, si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi.

Dans les cas où la loi n'aurait pas prononcé la nullité, l'officier ministériel pourra, soit pour omission, soit pour contravention, être condamné à une amende, qui ne sera pas moindre de 5 francs (1), et n'excédera pas 100 francs.

---

(1) *Voy.* sur l'application des art. 1029 et 1030, les *Codes annotés* de M. Sirey, ou sa *Table décennale*, aux mots *Nullités*, *Déchéances*, *Fin de non-recevoir*, [et les tables si méthodiques de son habile continuateur, M. Devilleneuve, ainsi que le dictionnaire de M. A. Dalloz.]

Cod. proc. civ., art. 71, 121, 261, 262, 269, 371, 272, 273, 274, 275, 280, 344, 345, 559, 608, 609, 637, 717, 794, 832, 869, 927, 928, 1006, 1028.—[Locré, t. 23, p. 414, n° 15.

QUESTIONS TRAITÉES : L'art. 1030 n'admet-il aucune modification dans son application, en sorte qu'il suffise en tous les cas que le Code n'ait pas prononcé la nullité pour que le juge ne puisse annuler un exploit ou acte de procédure? Q. 3392.—Les dispositions de l'art. 1030 pourraient-elles être appliquées à des actes autres que des exploits ou actes de procédure? Q. 3393. — Les dispositions du même article ne s'appliquent-elles qu'aux actes de procédure faits par les avoués? Q. 3394.—Quand un exploit ou acte de procédure est vicié de nullité, comme les nullités n'ont point lieu de plein droit, suivant la maxime : *voies de nullité n'ont point lieu en France*, cet acte est-il réputé valable jusqu'à ce qu'il ait été déclaré nul par le juge, en sorte que tout ce qui, jusque-là, aurait été fait à son préjudice, dût être annulé? Q. 3395.]

DCXIV. Si, comme nous l'avons dit au commentaire de l'article précédent, le magistrat ne peut être moins sévère que le législateur, la raison et la justice ne permettent pas qu'il se rende plus rigoureux. Tel est le motif de la disposition de l'art. 1030, qui lui défend de suppléer des peines que la loi n'a pas formellement prononcées.

3392. *L'art.* 1030 *n'admet-il aucune modification dans son application, en sorte qu'il suffise en tous les cas que le Code n'ait pas prononcé la nullité, pour que le juge ne puisse annuler un exploit ou acte de procédure?*

M. LEPAGE, dans ses *Questions*, p. 617, limite l'application de la première disposition de l'art. 1030 au seul cas où l'exploit ou acte de procédure que l'on prétendrait nul ne serait pas infecté de vices qui seraient de nature à le détruire dans sa substance.

Ainsi, dans son opinion, la défense d'annuler les actes dont il s'agit ne se rapporterait qu'aux irrégularités secondaires qui ne seraient pas telles que l'on pût dire qu'elles dépouillent l'acte de son caractère essentiel, de ses qualités constitutives.

Cette opinion a été consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation (1).

(1) Arrêts des 1er fév. et 12 avril 1808. (*S.* 8.2.211 et 244; *J. C. S.* 4.1.158.)

Le premier a été rendu sur les conclusions de M. l'avocat général Thuriot. « L'art. « 1030, disait ce magistrat, s'applique gé« néralement aux actes revêtus des formes « *substantielles*, qui leur donnent *l'existence*, « et qui cependant sont viciés de quelques « irrégularités. »

C'est pourquoi il concluait à ce qu'un exploit notifié par un huissier incompétent fût déclaré nul, nonobstant l'art. 1030, attendu qu'un acte fait par un fonctionnaire public à qui la loi défend positivement d'y appliquer son ministère n'est pas un acte *légal*, et peut conséquemment être annulé, en ce sens qu'il n'y a pas *substance d'acte*.

Ceci vient à l'appui de l'opinion que nous avons maintenue, nonobstant plusieurs arrêts contraires, sur la *Quest.* 9, t. 1, p. 19.

2° Arrêts des 18 juin et 24 oct. 1817 (*S.* 17.2.293 et 18.1.118).

Ces deux arrêts consacrent en principe que les formes établies comme conditions d'exercice d'un pouvoir étant substantielles emportent nullité, quoique cette peine ne soit pas prononcée par la loi. C'est du moins ce qui résulte, comme l'énonce M. Sirey, dans les propositions générales qui précèdent les notices de ces arrêts, des décisions qu'ils contiennent sur les espèces particulières dans lesquelles ils ont été rendus.

3° Arrêt de la Cour de Rennes du 22 sept. 1814. Il décide en termes formels que : « l'omission des formes substantielles des « actes emporte nullité, sans qu'il soit be« soin que la loi qui les prescrit impérati« vement les ait prononcées. »

4° Autre de la Cour de Nancy, du 10 déc. 1814. (*S.* 1.2.52). Il décide que le procès-verbal d'experts rédigé hors du lieu de l'expertise, est nul, si le lieu où cette rédaction est faite n'a pas été indiqué d'avance; et il se fonde sur l'illégalité du procès-verbal : d'où M. Sirey induit avec raison cette règle générale, que l'omission d'une formalité est *substantielle*, et emporte nullité, *encore que la loi ne l'ait pas prononcée*, lorsque cette formalité est nécessaire comme garantie d'un droit.

C'est d'après cette doctrine que nous avons résolu un grand nombre de questions traitées dans cet ouvrage.

Mais M. DELAPORTE, t. 2, p. 492, va plus loin. Quelque général et absolu, dit-il, que paraisse le précepte posé par l'art. 1030, il ne faut l'appliquer strictement qu'aux dispositions impératives; celles prohibitives entraînent nécessairement la nullité, ce qui est fait contre la défense de la loi étant toujours nul. D'autres pourraient dire aussi que les lois impératives elles-mêmes emportent toujours nullité; car ordonner une chose, c'est défendre expressément le contraire. Ainsi l'art. 1030 ne recevrait son application que dans les seuls cas où la loi serait conçue en termes *facultatifs*.

Telle n'a pas été, sans doute, l'intention du législateur; il n'a point entendu faire entrer dans notre nouvelle jurisprudence les distinctions du droit romain entre les lois impératives et prohibitives, et les dispositions facultatives (*voy.* loi 5, au Code, liv. 1, tit. 14 *de legibus*); distinctions que l'on n'admettait point autrefois (1).

Il est, au contraire, resté de principe, 1° que toutes les fois que la disposition prohibitive porte une autre peine que la nullité, par exemple une amende, le juge ne peut annuler, parce que le législateur a expressément déclaré par là qu'il n'entendait pas punir la contravention plus rigoureusement que par l'amende. (Voy. *Nouv. Répert.*, au mot *Nullité*, t. 8, p. 616, n°s 2 et 3.)

Or, l'art. 1030 laissant aux juges, dans le cas où la loi n'aurait pas prononcé la nullité, la faculté de condamner l'officier ministériel, soit pour omission, soit pour contravention, il s'ensuit que l'opinion de M. Delaporte ne peut être suivie, du moins en ce qui concerne les exploits ou actes de procédure : toute disposition prohibitive de ce Code trouve donc à cet égard sa sanction dans la seconde disposition de l'article cité. (*Voy.* aussi art. 1031.)

2° Que les dispositions impératives n'emportent nullité qu'autant que l'infraction à ce qu'elles ordonnent porte sur la substance de l'acte, et non sur des choses qui n'y sont qu'accidentelles. (*Voy.* encore *Nouv. Répert.*, *ubi suprà*, p. 618.) (2)

C'est donc à cette seule distinction, entre les choses qui concernent la substance des actes et celles qui ne sont qu'accidentelles, qu'il faut s'attacher, lorsqu'il s'agit de prononcer sur des exceptions de nullité d'exploits ou d'actes de procédure, c'est-à-dire lorsqu'il est question d'appliquer ou non l'article 1030 (3).

[[Il est peu de dispositions du Code de procédure qui aient donné lieu à plus de controverses que celles de l'art. 1030, et qui, dans la pratique, aient engendré plus de difficultés. Nous avons cherché à résoudre ces ques-

---

(1) Ainsi, par arrêts des 4 déc. 1818 et 13 fév. 1819 (*S.* 19.2.177 et 257), la Cour de cassation a décidé que la violation des formalités prescrites par la loi emporte nullité, sans qu'elle ait été textuellement prononcée, lorsque la formalité est prescrite d'une manière absolue, *prohibitive* ou *impérative*.

(2) Aussi a-t-on vu rejeter par la Cour de cassation, dans la cause de la dame Themines, le moyen tiré de ce que les lois impératives emportaient toujours nullité, et maintenir conséquemment un mariage dont l'annulation était demandée pour contravention aux dispositions impératives des art. 75, 407 et 411 du Code civil. (Voy. *Causes célèbres*, par M. Mejean, 1807; *le Nouveau Répertoire*, au mot *Mariage*, sect. 4, § 1, et *les Questions de droit*, même mot, §§ 3 et 4.)

(3) Il faut convenir que cette distinction présente beaucoup de difficultés dans la pratique; elle nous a souvent embarrassé dans le cours de cet ouvrage; toujours est-il avantageux d'avoir une règle générale d'application qui puisse servir de base, jusqu'à ce que la jurisprudence ait fixé les incertitudes par des décisions sur un grand nombre d'espèces. (Voy., *au surplus, ce que nous avons dit des nullités substantielles dans notre Introduction générale, au titre des Vices des procédures, etc.*)

tions sous les articles auxquels elles se rapportent. Il nous suffira d'indiquer ici les principes généraux, relatifs à l'application de l'art. 1030, ce que nous n'avons pu faire encore d'une manière assez complète, et avec des détails assez étendus.

C'est un point aujourd'hui universellement admis que le texte de cette disposition ne doit pas être entendu dans le sens qu'il présente naturellement, et qu'il est beaucoup de formes dont la stricte observation est indispensable, bien qu'elles ne soient point sanctionnées, en termes exprès, par une nullité.

Il est, dans le Code de procédure, un grand nombre de titres où la loi ne prononce pas une seule fois cette peine; quelques-uns de ces titres sont au nombre des plus importants, par exemple la saisie-exécution, les rapports d'experts, etc. Est-ce à dire que les parties sont libres de substituer aux formes tracées par le législateur celles qu'il leur plairait de préférer? Une telle opinion ne serait pas soutenable ; aussi n'est-elle défendue par aucun auteur : et les arrêts qui, dans les cas particuliers où ils ont rejeté le moyen pris de la nullité d'une procédure, se sont fondés sur le texte de l'art. 1030, n'ont pas évidemment entendu donner à ce texte un sens absolu, une étendue en quelque sorte illimitée, mais simplement l'appliquer aux espèces dans lesquelles ils avaient à statuer.

Mais où commence l'obligation de prononcer une nullité, une déchéance que la loi ne prononce pas? Quels principes, dans le silence de la loi, serviront aux juges de guide et de lumière? C'est ce que nous allons tâcher d'indiquer ici d'une manière générale, sans revenir sur les nombreux détails dans lesquels nous sommes déjà entré à ce sujet.

Il convient, pour plus de facilité, d'examiner séparément ce qui concerne les nullités et les déchéances.

NULLITÉS.

I. Il faut d'abord remarquer que la disposition de l'art. 1030 ne s'applique qu'aux nullités des exploits et actes de procédure (*voy.* la question suivante) et aux nullités qui tiennent aux actes eux-mêmes, non à la qualité soit des parties personnellement, soit des officiers ministériels qui les représentent; l'incapacité des uns et des autres pour faire certains actes ou pour y procéder hors de leur ressort, etc., est régie par des lois que nous n'avons pas à examiner ici. Il nous suffira de rappeler que les nullités provenant d'une incapacité doivent en général être prononcées par les juges, lors même qu'elles ne sont pas déclarées par la loi, parce qu'elles se rattachent presque toutes à des règles d'ordre public et de compétence. La disposition de l'art. 1030 ne leur est donc pas applicable, même par analogie. *Nullus major defectus, quàm defectus potestatis.* Telle est aussi l'observation de MM. Thomine Desmazures, t. 2, p. 689, et Boitard, t. 3, p. 492.

II. Les dispositions *impératives*, non sanctionnées par la nullité, semblent, en général, devoir échapper à cette peine, puisque leur inobservation a le plus souvent pour cause des erreurs ou des inadvertances contre lesquelles il est difficile de se prémunir, et que la faute consiste dans une omission *in omittendo.*

Toutefois, les observations placées au commencement de ce commentaire prouvent qu'il est impossible d'appliquer d'une manière absolue l'art. 1030 à toute disposition impérative non sanctionnée par la nullité : ici, se présente la distinction des nullités *substantielles* et des nullités *accidentelles*, *secondaires* ou *accessoires*, tant de fois rappelée dans les *Lois de la procédure.*

On s'est souvent élevé contre le vague de ces expressions, l'arbitraire qu'elles permettent, le peu de secours qu'elles portent à la jurisprudence, etc.; ces reproches ne sont pas sans fondement, mais on ne pouvait les éviter dans une distinc-

tion qui régit des faits si nombreux et si divers, et à vrai dire, c'est la plus rationnelle de toutes celles qui ont été proposées.

Il est d'ailleurs facile de la préciser d'une manière qui laisse peu de prise à l'incertitude : comment s'aperçoit-on qu'une forme est substantielle? En remontant à l'intention du législateur, aux principes par lesquels il a entendu régler le cours d'une procédure, et en se demandant si, par l'omission de cette forme, on renverse le but qu'il se proposait, la marche par laquelle il y arrivait, ou si on donne seulement lieu à des retards, à des frais plus ou moins considérables, à des complications mêmes et à des difficultés insuffisantes d'ailleurs pour éluder le vœu de la loi. MM. Boncenne, t. 3, p. 271, et Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 390, donnent avec raison pour exemples de nullités *substantielles*, le premier, l'art. 1er, qui règle les formes de la citation devant le juge de paix, le second, l'art. 956, qui dispose que lorsque des experts auront été nommés pour évaluer les biens des mineurs mis en vente, leur rapport contiendra les bases de l'estimation. Il est évident que, dans le premier cas, l'exploit qui n'indique pas le nom des parties, les causes de la demande, le juge qui doit en connaître, ne remplit pas l'objet auquel il est destiné, que ce n'est pas une citation réelle. C'est l'observation que nous avions déjà faite dans notre *Journ. des Avoués*, t. 13, p. 293, et elle est corroborée de l'opinion de M. Boitard, t. 3, p. 492. (*Voy.* aussi notre *Quest.* 5, t. 1er, p. 7).

De même, dans le cas indiqué par M. Pigeau, il est évident qu'un rapport d'experts qui ne présenterait ni bases, ni estimation, serait nul, puisqu'on n'y trouverait pas ce qui constitue un tel acte, ce qui est indispensable à son existence.

Mais lorsque les parties n'ont omis qu'une formalité secondaire, qu'un accessoire utile sans doute, mais non indispensable, alors seulement s'applique l'article 1030, et ce n'est point là restreindre le sens de cette disposition, puisque c'est par redondance que la loi prononce en certains cas la nullité pour l'inobservation des formes substantielles, sans lesquelles aucun acte n'a d'existence légale, à défaut desquelles par conséquent la nullité est, pour ainsi dire, de droit. Au contraire, lorsque l'acte remplit son objet, qu'il *existe*, on pourrait douter si l'infraction à une disposition impérative dénuée de sanction emporte ou non nullité de cet acte, doute que l'art. 1030 a pour objet de prévenir.

C'est par application de ces principes que nous avons décidé (*Quest.* 1199, t. 3, p. 119), que le procès-verbal d'experts est nul, s'il a été écrit par un tiers ou même par un officier public sans qualité, mais non s'il n'a pas été rédigé sur les lieux contentieux, bien que l'art. 317 renferme ces deux prescriptions en termes identiques (*Quest.* 2004 *bis* et 2014, t. 4, p. 684 et 698); que les formalités ordinaires des exploits doivent être observées *à peine de nullité* dans le commandement à fin de saisie-exécution; mais non ces formes spéciales et accidentelles qui ne changent pas la physionomie de l'acte, telles que la mention du domicile élu par le saisissant, etc., etc.

L'art. 1030 s'applique aussi, lors même que l'omission porte sur des dispositions essentielles, mais qu'elle n'est pas importante, et de nature à occasionner une erreur et un préjudice; c'est au moyen de cette règle que nous avons résolu presque toutes les difficultés que soulève l'art. 61 (t. 1, p. 314).

De ces explications on peut conclure que la disposition de l'art. 1030 régit tous les cas auxquels elle peut raisonnablement s'étendre, c'est-à-dire ceux où il existe un acte remplissant son objet, mais dénué de certaines formes légales; que, par conséquent, cet article est la règle générale, le principe, et que, dans le doute sur le point de savoir si la formalité omise est ou non substantielle, l'acte doit être considéré comme valable; c'est aussi ce qu'enseignent MM. Berriat Saint-Prix, p. 139, et Favard de Langlade, t. 3.

III. Les dispositions *prohibitives* ont été considérées par quelques auteurs, et notamment par MM. Pigeau, *Comment.*, t. 1, p. 390, et Boncenne, t. 3, p. 275, comme entièrement indépendantes de la disposition de l'art. 1030, et produisant, en cas d'inobservation, la nullité, sans qu'il soit besoin que la loi prononce cette peine. C'est la reproduction de cette maxime de Dumoulin : *Negativa, præposita verbo* POTEST, *tollit potentiam juris et facti.* Il aurait fallu démontrer que cet axiome est encore applicable sous l'empire du Code de procédure, et en présence des termes si généraux de l'art. 1030, il paraît difficile d'admettre une telle opinion, au moins dans les termes absolus dans lesquels elle est présentée.

Remarquons cependant qu'il est impossible aussi de rejeter entièrement la distinction des dispositions impératives et prohibitives, qui résulte de la nature même des choses. L'infraction à ces dernières constitue, en effet, non pas seulement une omission, mais un fait positif, une désobéissance formelle, à raison de laquelle il est dangereux d'admettre l'impunité.

Prenons des exemples qui rendront cette idée plus saisissable. L'art. 165 dit : l'opposition *ne pourra jamais être reçue* contre un jugement qui aurait débouté d'une première opposition. L'art. 333 est ainsi conçu : la partie (qui subira l'interrogatoire sur faits et articles) répondra en personne, *sans pouvoir* lire aucun projet, etc.... Qui ne voit que, sans rechercher si ces dispositions sont substantielles ou secondaires, les termes dans lesquels elles sont conçues ne permettent pas, en cas d'inobservation, de repousser la nullité, et que cela tient surtout à ce que ces termes sont prohibitifs ?

En un mot, quand la loi défend de faire une chose, il impliquerait contradiction qu'elle la validât une fois faite ; il semble donc que l'art. 1030 s'applique seulement au cas d'*omission*, non *d'infraction.*

Ces considérations sont puissantes. Il ne faut pas croire néanmoins que, par cela seul que la loi s'exprime en termes prohibitifs, elle entend nécessairement sanctionner sa défense par la peine de la nullité ; c'est souvent pour épargner des frais frustratoires, ou pour empêcher qu'un préjudice ne soit inféré à la partie même tenue de la prohibition, etc., qu'elle s'exprime ainsi. Quelquefois elle indique expressément la peine qui résulte de l'infraction : c'est une amende, c'est le rejet de la taxe de certains actes, etc. (*Voy.* notamment art. 164, 165, 548, etc.) Il est évident alors que la loi n'a pas entendu prononcer la nullité.

Ici donc, comme pour les dispositions impératives, c'est à l'intention du législateur qu'il faut avant tout s'attacher ; c'est le but qu'il se propose dans l'établissement d'une forme qu'il faut consulter. Mais il faut aussi en convenir, la nullité est ici la règle générale, et la validité l'exception ; les termes dans lesquels la disposition est conçue servent le plus souvent à faire reconnaître quelle est la peine que la loi attache au défaut d'accomplissement. Le but dans lequel elle est prescrite achève d'éclairer l'appréciation des magistrats.

Nous avons admis, en vertu de ces principes, la nullité d'une saisie-exécution, pratiquée sans titre exécutoire (545), d'un jugement qui confierait une expertise à deux personnes seulement (303), de la nomination à titre de gardien d'un individu exclu par l'art. 598, sauf les restrictions dont il est parlé sous notre *Quest.* 2053 *bis*, t. 4, p. 729 ; d'une saisie brandon faite avant les six semaines qui précèdent l'époque ordinaire de la maturité des fruits (art. 626, *Quest.* 2114) etc., etc. *Voy.* aussi de nombreux exemples dans MM. Merlin, *Questions de droit*, v° *Nullité*, § 1, n° 2, et Boncenne, *loc. cit.*, qui discutent tous deux avec beaucoup d'étendue et de netteté toutes les questions relatives à l'efficacité, en thèse générale, des dispositions prohibitives.

IV. Il est enfin des actes que la loi ne défend ni ne prescrit. A eux, sans restriction, s'applique la disposition de l'art. 1030 : ils peuvent, dans certains

cas, être considérés comme frustratoires; mais la nullité ne doit pas en être prononcée.

Il a donc été jugé avec raison :

Par la Cour de Rennes, le 28 mars 1817 (*J. Av.*, t. 8, p. 382; DEVILL., *collect. nouv.*, 5.2.260), que les conclusions additionnelles prises après plaidoiries, et avant les conclusions du ministère public, ne sont pas nulles, aucune loi ne les défendant, et l'art. 72 du règlement général du 30 mars 1808 autorisant au contraire à les prendre *sur le bureau*, sauf à les signifier et remettre au greffier (1).

Par la Cour de Trèves, 5 fév. 1810 (*J. Av.*, t. 3, p. 262), que l'acte d'appel fait à la requête de toutes les parties et signé de quelques-unes d'elles seulement, n'est pas nul à l'égard de celles qui n'ont pas accompli cette formalité dont la loi ne parle pas.

DÉCHÉANCES.

On entend par *déchéance* l'inhibition de faire certains actes en dehors des délais légalement déterminés : il impliquerait contradiction qu'une telle défense étant faite aux parties, elles conservassent néanmoins le droit d'agir. Aussi l'art. 1030 nous paraît-il en lui-même inapplicable à cette sorte de nullité. Toutes les fois que la loi fixe le temps pendant lequel un acte est admissible, elle n'a donc pas besoin d'ajouter : *à peine de déchéance*; cette sanction, en général, est de droit. Il en est autrement, sans doute, lorsqu'il résulte de la combinaison des textes que le législateur n'a pas entendu appliquer la déchéance à l'inobservation du délai. (*Voy.* art. 75, 77, 78, 577, 767, 215 et 219; *Quest.* 873 et 892 t. 2, p. 388 et 402.) Mais ce c'est pas en vertu de l'art. 1030; c'est parce que la loi indique elle-même une autre sanction.

La fixation d'un *minimum* et d'un *maximum* du délai, la forme prohibitive employée dans sa détermination, sont des circonstances qui ne permettent pas, en général, de supposer que la loi ait attaché à l'infraction un autre effet que la déchéance. Ce sont comme des présomptions qui dispensent d'entrer dans un examen plus approfondi. Toutefois, cette règle souffre encore des exceptions : Ainsi, en matière de saisie immobilière, l'art. 715 énumère nommément *toutes* les dispositions de ce titre qui sont prescrites à peine de nullité, ce qui entraîne l'application de l'adage : *inclusio unius est exclusio alterius*. Donc, quoique l'art. 695 porte un *maximum* et un *minimum* de délai, qu'il semble par conséquent nécessaire d'en exiger rigoureusement l'observation, le silence de l'article 715 à cet égard, silence que nous avons considéré comme un oubli (voy. *Quest.* 2400, t. 5, p. 630), ne permet pourtant pas d'annuler un acte postérieur au terme le plus long; mais ce sont là des exceptions, ou pour mieux dire des inadvertances qui n'altèrent en rien l'exactitude de notre règle.]]

3393. *Les dispositions de l'art. 1030 pourraient-elles être appliquées à des actes autres que des exploits ou actes de procédure?*

On lit, dans les considérants d'un arrêt de la Cour de cassation du 6 juill. 1810 (*V.* DENEVERS, 1810, p. 278), que cet article n'est applicable qu'aux actes de procédure, et non à d'autres actes prescrits par les lois, pour l'établissement et la conservation des droits des citoyens. Cet arrêt a décidé, en conséquence, qu'on ne pouvait en faire l'application aux inscriptions hypothécaires qui pré-

---

(1) [Il est bien entendu, que la partie adverse doit être admise à plaider sur ces conclusions additionnelles, avant que le ministère public ait porté la parole.]

senteraient des irrégularités à l'égard desquelles la loi n'aurait pas prononcé la nullité, et, par suite, il a déclaré nulle une inscription dans laquelle on n'avait point indiqué le domicile réel.

[[Il ne serait pas juste d'induire de cet arrêt que toutes les formalités prescrites par l'art. 2148, Cod. civ., pour la confection des bordereaux d'inscription doivent être observées à peine de nullité, et l'on sait que, sauf d'assez nombreuses variations de détail, la jurisprudence a généralement admis à cet égard la doctrine des formes substantielles et des formes accidentelles ou secondaires que nous avons exposées sous la question précédente. Mais ce n'est pas évidemment par une induction de l'art. 1030, que repoussent les termes de cet article, applicable seulement aux actes de procédure. Ce dernier point est admis par tous les auteurs qui excluent par conséquent de sa disposition les matières civiles, les moyens extrajudiciaires employés par une partie pour la conservation de ses droits, et même les jugements, dont les formes étant généralement prescrites dans un intérêt d'ordre public doivent être observées avec la plus grande rigueur. Aussi est-il reconnu que toutes les fois qu'une décision judiciaire ne remplit pas les conditions exigées par l'art. 141, ou qu'un juge appelé pour vider le partage n'a pas été appelé suivant l'ordre tracé par les art. 118 et 468 (*Quest.* 494, t. 1, p. 583), ou lorsque le tribunal n'a pas prononcé le défaut-joint, dans le cas où ce mode d'agir est prescrit par la loi (V. *Quest.* 622, t. 2, p. 42), il y a lieu de prononcer la nullité, quand même la loi ne s'expliquerait pas formellement à cet égard. On conçoit du reste que c'est encore la distinction des nullités substantielles et accidentelles qui régit cette matière, bien qu'appliquée avec plus de réserve. Ainsi, par exemple, une légère inexactitude dans l'accomplissement des formes de l'art. 141, une omission sans importance, et qui n'est pas de nature à inférer grief, n'entraînerait point la nullité du jugement (*V.* nos observations sur la *Quest.* 594, t. 1, p. 711). Il en est de même du défaut de rédaction de procès-verbal, prescrit par l'art. 39, en matière d'enquête devant les juges de paix, dans le cas où il serait remplacé par des notes prises par le greffier, sauf aux juges d'appel à annuler le jugement, s'ils ne se trouvaient pas suffisamment éclairés (*Voy.* notre *Quest.* 169 *ter*, t. 1, p. 180). *Voy.* aussi sur les diverses et principales causes de nullité les 395e et 396e tabl. du *Dict. des Temps légaux*, de M. Souquet, v° *Nullités.*]]

3394. *Les dispositions du même article ne s'appliquent-elles qu'aux actes de procédure faits par les avoués?*

Il est certain, comme le remarque M. Lepage, *ubi suprà*, que l'article ne porte que sur les exploits et actes de procédure qui sont l'ouvrage des *officiers ministériels.*

Or, les huissiers, les greffiers eux-mêmes sont des officiers ministériels qui, chacun en ce qui le concerne, font aussi des actes de procédure.

Ce serait donc un usage contraire à la loi que celui qui se serait introduit, disent les auteurs du *Praticien*, t. 5, p. 451, et suivant lequel on appliquerait l'art. 1030 aux seuls actes de procédure faits par avoué, et non à d'autres actes.

Quant aux dispositions du Code qui ne se rapportent pas aux exploits ou actes de procédure, on suit, pour l'application de la peine de nullité, les règles que nous avons établies sur la *Quest.* 3392, d'après la distinction des lois en impératives et prohibitives.

[[C'est surtout à la distinction des formes substantielles et des formes accidentelles qu'il faut s'attacher, comme nous l'avons dit sous les questions précédentes. Du reste, la solution de M. Carré est incontestable.]]

3395. *Quand un exploit ou acte de procédure est vicié de nullité, comme les nullités n'ont point lieu de plein droit, suivant la maxime* VOIES DE NULLITÉ N'ONT POINT LIEU EN FRANCE, *cet acte est-il réputé valable jusqu'à ce qu'il ait été déclaré nul par le juge, en sorte que tout ce qui, jusque-là, aurait été fait à son préjudice dût être annulé?*

Ne devrait-on pas, au contraire, suivant la maxime CE QUI EST NUL NE PRODUIT AUCUN EFFET, *décider que tout ce qui est fait au préjudice d'un acte nul est valable?*

Cette ancienne maxime, *les voies de nullité n'ont point lieu en France*, existe encore aujourd'hui dans toute sa force, si ce n'est qu'il n'est plus besoin, comme autrefois (*Voy.* SERRES, *Instit. du droit franç.*, tit. 13), d'obtenir des lettres de restitution.

Il faut donc toujours, pour qu'un acte nul cesse de produire ses effets, qu'il ait été annulé par jugement.

Cette proposition se prouve notamment par les art. 366 et 692, puisque le législateur a cru nécessaire d'y décider expressément qu'on n'aurait pas besoin de prononcer la nullité dans les deux circonstances que ces articles déterminent. Ce sont là sans doute des exceptions qui confirment la maxime ci-dessus.

Mais, d'un autre côté, c'est une maxime également certaine, que ce qui est nul ne produit aucun effet; et de là on pourrait conclure que tout ce qui a lieu au préjudice de l'acte nul est réputé valable. Il y aurait donc, dans les résultats, une opposition entre ces deux maximes.

Pour les concilier, nous dirons avec M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 141, not. 10, que si un acte est nul, la partie adverse de celle qui en est l'auteur est libre d'agir nonobstant cet acte, conformément à la seconde maxime, sauf à le faire annuler ensuite pour se conformer à la première.

Dans ce cas, cette partie, qui, malgré l'obstacle qui résultait de l'acte présumé valable jusqu'à son annulation, croit devoir agir, se soumet aux risques attachés à sa démarche.

Ainsi, par exemple, si l'acte n'est pas annulé, tout ce qu'elle aura fait sera nul, et elle pourra même être condamnée aux dommages-intérêts; si, au contraire, la nullité de l'acte au préjudice duquel elle eût agi vient à être prononcée, tout ce que la même partie aura fait sera valide et produira ses effets légaux.

Ce système semble avoir été adopté par deux arrêts, l'un de la Cour de cassation, du 17 février cité sur la *Quest.* 2658, l'autre de la Cour de Turin, du 21 août 1807 (Voy. *Jurisp. de la proc.*, t. 1, p. 332), qui a décidé qu'un acte d'appel ayant été déclaré nul, les poursuites faites en vertu du jugement de première instance étaient valables.

[[C'est aussi notre opinion. *Voy.* sur ces divers points les *Quest.* 674 (t. 2, p. 126), 1562 (t. 3, p. 604), et les questions sur l'art. 565.]]

ART. 1031. Les procédures et les actes nuls ou frustratoires, et les actes qui auront donné lieu à une condamnation d'amende, seront à la charge des officiers ministériels qui les auront faits, lesquels, suivant l'exigence des cas, seront en outre passibles des dommages et intérêts de la partie, et pourront même être suspendus de leurs fonctions.

Cod. civ., art. 1146 et suiv. — Cod. proc. civ., art. 71, 132, 292, 360 et suiv., 523 et suiv, — Cod. instruct. crim., 415. — Règl. du 30 mars 1808, art. 102. — [Notre Dict. gén. de proc., v^is *Avoués*, n°s 63 87, à 297 et 298; *Huissiers*, n°s 130 à 177. — Locré, t. 23, p. 445, n° 16.

QUESTIONS TRAITÉES : Dans quels cas doit être prononcée la condamnation des officiers ministériels, soit aux frais d'un acte ou d'une procédure annulée, soit à des dommages-intérêts ? 3395 *bis.* — Les peines mentionnées dans les art. 1030 et 1031 ne peuvent-elles être prononcées contre un officier ministériel, s'il n'a pas préalablement été appelé pour être entendu dans ses moyens de défense ? *Q.* 3396. — La partie, à la requête de laquelle se font des exploits ou actes de procédure, est-elle responsable des fautes que commet l'officier ministériel qui les a faits ? *Q.* 3397. — Si la partie qui a employé un officier ministériel est responsable, envers la personne contre laquelle il a exercé son ministère, des fautes qu'il aurait commises, s'ensuit-il que cette dernière puisse exercer directement son action contre cet officier ? *Q.* 3398. — L'huissier est-il responsable des nullités qui se trouveraient dans la partie d'un exploit qui ne serait pas de son écriture ? *Q.* 3399. — Quels sont les officiers de justice que la loi indique par cette dénomination générale : *Officiers ministériels? Q.* 3400. — Que signifient ces termes de l'art. 1031 : *suivant l'exigence des cas ? Q.* 3401 (1).]

DCXV. En prescrivant aux tribunaux de laisser à la charge des officiers ministériels les actes et procédures nuls et *frustratoires* (2) qu'ils auraient faits, et même de les condamner, suivant les circonstances, aux dommages-intérêts des parties, la loi, par l'article ci-dessus, tend à prévenir les abus que pourraient commettre, par impéritie ou par avidité, des officiers qui s'occuperaient plus de leur intérêt personnel que de celui de leurs clients ; elle offre ainsi aux plaideurs une garantie que ne pourrait leur procurer toujours la ressource pénible du désaveu.

[[**3395** bis. *Dans quels cas doit être prononcée la condamnation des officiers ministériels, soit aux frais d'un acte ou d'une précédure annulés, soit à des dommages-intérêts?*

Les termes mêmes dont se sert l'art. 1031, absolus dans le premier cas, facultatifs dans le second, rendent tout d'abord une distinction nécessaire entre ces deux ordres de faits.

Frais d'un acte ou d'une procédure annulés. Si nous avons dit, sous la *Question* 577 (t. 1, p. 460), que les expressions de l'art. 71, si larges en apparence, doivent être interprétées par celles de l'art. 1030, qui ne permettent plus au juge de décharger les officiers ministériels de la responsabilité des nullités provenant de leur fait, nous ajouterons ici que cette dernière disposition, par cela seul qu'un acte est déclaré nul ou frustratoire, n'entend pas le laisser à la charge de son auteur, et qu'il est des circonstances où la jurisprudence, conforme au bon sens et à l'équité, repousse l'application trop rigoureuse, trop absolue d'un principe d'ailleurs si juste en lui-même.

I. Ainsi, il a été jugé qu'il n'y a pas lieu à condamner l'officier ministériel aux dépens :

1° Lorsque l'acte qu'il a fait se justifie par des raisons plausibles, et par l'état incertain de la jurisprudence; Toulouse, 10 juin 1825 (*J. Av.*, t. 31, p. 321; DEVILL., *Collect. nouv.* 8.2.87).

2° Lorsque l'acte fait par lui ne pouvant se justifier par des motifs de ce genre, il est pourtant certain que l'officier ministériel n'y a procédé que sur la réquisi-

---

(1) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

1° L'officier ministériel est responsable non-seulement envers sa partie, mais encore envers les personnes que celle-ci a subrogées à ses droits. Cass., 9 mars 1837 (*Journ. des huissiers*, t. 18, p. 270; DEVILL., 1837.1.301);

2° Une Cour peut, en réformant un jugement qui déclare des frais non frustratoires, condamner l'avoué qui est en cause à des peines disciplinaires, sans que celui-ci soit en droit de se plaindre du défaut des deux degrés de juridiction. Cass. 19 août 1835, (*J. Av.*, t. 219, p. 516; DEVILL., 1835.1.529).]

(2) Frustratoires, de *frustrà*, en vain. Un acte qui n'est ni prescrit, ni autorisé, ni utile, est fait *en vain* : c'est un acte *frustratoire.*

tion expresse de la partie dont il est le représentant forcé; Montpellier, 24 juin 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 214).

3° Lorsque l'acte argué de nullité ou d'inutilité lui a été remis tout rédigé par cette partie elle-même, dont il n'a fait qu'exécuter les ordres; Caen, 27 mars 1813 (*J. Av.*, t. 14, p. 586). Tel est également sur ce point l'avis de M. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 742.

En un mot, l'officier ministériel n'est responsable que tout autant qu'il y a eu de sa part dol, impéritie ou faute lourde, *lata culpa*, dont le plaignant est tenu de fournir la preuve, après quoi il ne reste plus aux tribunaux qu'à appliquer la peine prononcée par l'art. 1031. *Voy.* Riom, 21 sept. 1821 (*Journ. des Huissiers*, t. 4, p. 122); Paris, 1er août 1820 (*J. Av.*, t. 5, p. 369); Cass., 28 déc. 1823 (*J. Av.*, t. 25, p. 413; Devill., *Collect. nouv.*, 6.2.300; 479), et l'article 415, Cod. d'inst. crim.

II. La loi ne parle que des procédures et actes nuls ou frustratoires, et toute pénalité devant être restreinte dans ses termes, celle de l'art. 1030 est inapplicable à d'autres cas. C'est donc vainement qu'une partie se plaindrait, en offrant même la preuve de ce qu'un procès perdu par elle lui a été conseillé par l'officier ministériel chargé de le poursuivre; car, résultât-il de faits certains qu'il y a eu, de la part de ce dernier, erreur de droit, impéritie, etc., il ne peut être plus rigoureusement tenu que ne le serait une personne ordinaire pour avoir donné ce conseil (1), ni par conséquent être condamné aux dépens de l'instance; à moins qu'il ne soit établi, comme l'ont jugé les Cours de cassation, le 13 juill. 1824 (*J. Av.*, t. 27, p. 5; Devill., *Collect. nouv.*, 7.1.494), et de Montpellier, le 11 mars 1842 (*J. Av.*, t. 6', p. 157), que le conseil a été donné insidieusement et de mauvaise foi, ou tout au moins dans un esprit manifeste de chicane, quoique sans fraude. Tel est également l'avis de M. Glandaz, dans une dissertation insérée au *Journ. des Avoués*, t. 54, p. 20; mais on sent combien, dans cette appréciation, les tribunaux doivent montrer de réserve. *Voy.* aussi M. Thomine Desmazures, t. 1, p. 691, et nos observations sur la *Quest.* 562 (t. 1, p. 666).

III. Un acte ne saurait être considéré comme nul ou frustratoire que lorsqu'il a été déclaré tel par les tribunaux; car s'il plaît à la partie adverse de le tenir pour bon et valable, de le ratifier, nul reproche n'est admissible contre l'officier ministériel qui l'a fait. La Cour de Poitiers a jugé, conformément à ce principe, le 2 fév. 1825 (*J. Av.*, t. 28, p. 237; Devill., *Collect. nouv.*, 8.2.20), que ce dernier ne peut être actionné en garantie, tant que la nullité n'a pas été prononcée.

IV. Enfin il faut, pour entraîner une responsabilité, que l'acte soit du fait de l'officier ministériel, c'est-à-dire du nombre de ceux dont la loi lui attribue expressément la confection ou l'exécution, et qui sont toujours, par conséquent, présumés émaner de lui, lors même qu'il établirait que la faute provient d'un tiers auquel il s'en est rapporté. Dans notre *Quest.* 377 précitée, et à propos de la responsabilité de l'huissier, nous sommes entré à cet égard dans des détails étendus, qui s'appliquent également aux avoués : nous n'y reviendrons pas. Il suffit ici de rappeler la distinction qui établit nettement les pouvoirs et les obligations de chacun. A l'avoué, la responsabilité de ce qui tient à la direction de la procédure; à l'huissier, la responsabilité de ce qui concerne taxativement

(1) [C'est dans le même sens que la Cour de Caen, 16 mars 1842 (*J. Av.*, t. 63, p. 508), a jugé que le conservateur des hypothèques n'a aucun recours contre l'officier ministériel, sur les observations duquel une inscription a été à tort annulée, lorsque ces observations ont été faites sans fraude.]

l'exploit, ou l'exécution des jugements (1). *Voy.* aussi notre *Quest.* 3399.

Cette responsabilité cesse ou s'accroît à raison des circonstances. Elle cesse, si l'officier ministériel a joué un rôle purement passif, s'il n'a fait que suivre les injonctions de son mandant, comme dans l'espèce des arrêts de Montpellier, 24 juin 1826, et Caen 27 mars 1813, que nous avons déjà cités. Il est évident qu'alors la nullité ou l'inutilité de l'acte ne saurait lui être imputée; que les frais, par conséquent, n'en doivent pas retomber à sa charge. La responsabilité augmente, au contraire, lorsque l'officier ministériel s'est volontairement engagé à mener à fin certains actes qui ne rentrent pas directement dans l'exercice de sa profession. C'est alors un mandataire ordinaire, tenu des obligations de ce dernier, et responsable même des faits des officiers ministériels qu'il emploie. Les Cours de Metz, le 31 mars 1821 (*J. Av.*, t. 23, p. 119; Devill., *Collect. nouv.*, 6.2.396; 1837, 1.301), et de Cass., le 9 mars 1837 (*J. des Huiss.*, t. 18, p. 270), ont fait l'application de cette dernière règle; la première à un avoué, la seconde à un huissier, chargés, l'un de remplir les formalités de la purge d'un immeuble, l'autre de faire toutes les démarches nécessaires au recouvrement d'une créance.

Dommages-intérêts. En ce qui concerne les dommages, l'art. 1031 se sert d'expressions facultatives : « les officiers ministériels sont *passibles* de dommages-intérêts. » La raison en est facile à comprendre : ce n'est pas la négligence, l'impéritie, le dol même de l'avoué ou de l'huissier qu'il faut considérer ici, c'est uniquement le préjudice illégal causé à la partie plaignante. *V.*, en ce sens, Rennes, 9 déc. 1817 (*J. Av.*, t. 10, p. 634; Devill., *Collect. nouv.*, 5.2.336), et 24 juill. 1810 (*ibid.*, t. 5, p. 292); Paris, 11 janv. 1826 (*Gaz. des Tribunaux*, n° du 13); Cass., 9 mars 1837 (*J. des Huissiers*, t. 18, p. 270).

1° Nous disons le préjudice *illégal*; car pour celui qui est la conséquence d'une obligation du débiteur ou d'une prescription de la loi, il ne peut être invoqué contre l'officier ministériel, lors même que les actes de ce dernier seraient déclarés nuls ou frustratoires. C'est d'après cette règle que nous avons, sous l'art. 799, résolu le point de savoir dans quels cas l'huissier qui a procédé à un emprisonnement frappé de nullité, est passible de dommages-intérêts. L'exercice de la contrainte par corps, quelque rigoureux que soit ce mode de coercition, n'occasionne pas un préjudice proprement dit, lorsque le créancier a titre suffisant pour l'effectuer, et que l'annulation provient uniquement d'un vice de forme; *Voy.* la *Quest.* 2726.

2° Le préjudice doit être certain et appréciable; sans cela, comment les dommages pourraient-ils être évalués? Comment saurait-on même qu'il y a dommage? Ici donc s'applique avec plus de force encore ce que nous avons dit, plus haut, relativement aux frais d'un acte, qu'ils ne peuvent être mis à la charge de l'officier ministériel tant que la nullité n'en a pas été prononcée. C'est aussi sur des dommages demandés qu'est intervenu l'arrêt de Poitiers, cité au même endroit.

Une décision de la Cour de Metz, 18 fév. 1825 (*J. Av.*, t. 29, p. 296; Devill., *Collect. nouv.*, 8.2.30), semble toutefois se concilier difficilement avec ce principe. Elle reconnaît que des dommages sont dûs à la partie dont l'acte d'appel a été déclaré nul par la faute de l'avoué ou de l'huissier, de cela seul qu'elle a

---

(1) [Jugé conformément à ces principes, que le garde du commerce chargé d'incarcérer un débiteur est responsable de la nullité de l'emprisonnement, provenant de l'omission de la date dans l'acte de notification de l'écrou. Paris, 10 nov. 1834. (*J. Av.*, t. 48, p. 51.)

Que l'huissier qui signifie un appel à domicile élu n'est pas garant de la nullité de son acte, lorsque rien ne prouve qu'on l'ait chargé de faire la signification à domicile réel, lors surtout que ce dernier est hors du ressort où il exerce son ministère; Metz, 21 janv. 1813. (*J. Av.*, t. 3, p. 160.)

Joignez ces arrêts à ceux qui sont rapportés sous la *Quest.* 377, tit. 1[er], p. 460.]

été privée des chances ouvertes par cette voie de recours. Cette décision est trop absolue; car on sent qu'il n'existerait de préjudice que dans le cas d'infirmation : c'est donc là une question d'appréciation qu'il faut laisser au tribunal de première instance, comme nous l'avons dit sous la *Quest.* 771 *bis*, t. 2, p. 261.

3° Si, en ce qui concerne les frais d'un acte ou d'une procédure frustratoire, que l'art. 1031 met, en termes si absolus, à la charge de l'officier ministériel, on doit néanmoins tenir compte, comme nous l'avons dit plus haut, de sa bonne foi, de l'état incertain de la jurisprudence, etc., à plus forte raison, doit-il en être ainsi quant aux dommages, dont le même article abandonne l'appréciation au pouvoir discrétionnaire du juge : à ce fait s'appliquent, avec plus de latitude encore, les principes que nous avons exposés au § 1er ci-dessus.

4° Du reste, il ne faut pas induire de la contexture de l'art. 1031 que la condamnation aux dommages soit un accessoire de la nullité ou de l'inutilité de l'exploit, et qu'elle ne puisse avoir lieu qu'après la constatation de ce premier fait; car, de même que les frais sont mis le plus souvent à la charge de l'officier, sans dommages, de même des dommages peuvent lui être infligés sans qu'il ait à supporter de frais, si, par exemple, le préjudice résulte de l'omission d'un acte, ou de ce qu'il n'a pas été fait en temps utile, tous les autres d'ailleurs restant valables. Les règles d'appréciation sont, comme on vient de le voir, bien différentes; enfin, la poursuite n'est pas toujours engagée par les mêmes voies. L'officier ministériel, dont les actes sont nuls ou frustratoires, peut être poursuivi disciplinairement, suivant les formes tracées par des lois et décrets spéciaux; celui qui s'est rendu passible de dommages-intérêts doit être attaqué devant les tribunaux civils, conformément aux règles ordinaires. *Voy.* Paris, 21 avril 1836. (*J. Av.*, t. 50, p. 195; DEVILL., 1836, 2.433.5.)

5° Une règle commune aux deux cas, c'est que l'appréciation de la peine rentre complétement dans le pouvoir discrétionnaire du juge; qu'il n'y a pas lieu au recours en cassation contre un jugement qui, sur un acte déclaré nul ou frustratoire, prononce une amende ou des dommages-intérêts. C'est ce qu'a reconnu la Cour suprême, le 19 août 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 516; DEVILL., 1836, 2. 92), et ce point nous paraît en dehors de toute controverse sérieuse. *Voy.*, dans le *Diction. des temps légaux*, de M. SOUQUET, les 613e et 614e tableaux, relatifs à la *responsabilité* des officiers ministériels, des magistrats, des avocats, etc., etc.]]

3396. *Les peines mentionnées dans les art.* 1030 *et* 1031 *ne peuvent-elles être prononcées contre un officier ministériel, s'il n'a pas préalablement été appelé pour être entendu dans ses moyens de défense?*

Nous pourrions citer une foule d'exemples de cas où, conformément à l'article 1030, des tribunaux, en rejetant la nullité d'un acte irrégulier, ont condamné des officiers ministériels à l'amende, sans qu'ils eussent été appelés ni entendus. Il en serait de même de la suspension qu'ils peuvent prononcer en vertu de l'art. 1031.

C'est qu'en effet ces condamnations ne constituent que de simples actes de discipline. Mais nous ne pensons pas qu'il puisse en être de même à l'égard des dommages-intérêts des parties, parce qu'il faut nécessairement qu'elles en forment la demande, et qu'il est juste que l'officier ministériel ait la faculté de se défendre, s'il la croyait excessive ou mal fondée.

[[M. Carré ne s'explique, dans cette solution, que relativement aux amendes prononcées contre l'officier ministériel, dans le cas de l'art. 1030, et aux dommages-intérêts dont il est passible, selon les circonstances. Il ne dit pas si les frais des actes déclarés nuls ou frustratoires par le fait de cet officier, peuvent

être mis à sa charge, lorsqu'il n'a pas été appelé pour donner des explications à cet égard.

Pour nous, et bien que la Cour de Rennes, le 11 avril 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 697; Devill., 1836.2.272), ait formellement admis l'affirmative sur cette question, et qu'un nombre assez considérable d'arrêts, sans s'exprimer aussi formellement, aient prononcé de semblables condamnations contre des avoués ou des huissiers qui n'avaient pas été mis en cause, nous croyons cette marche contraire à la fois et aux principes les plus élémentaires du droit de défense, et aux règles qui renferment pour ces officiers les devoirs de leur profession.

Supposons, et c'est le cas le plus commun, que c'est la partie contre laquelle l'acte est fait qui en demande la nullité; elle attaquera presque toujours la partie au nom de laquelle il est fait. Au reste, si elle s'en prend à l'avoué ou à l'huissier, si elle les cite directement, ceux-ci sont mis en cause, ils ont les moyens de se défendre, et, de plus, en cas de condamnation, un recours en garantie contre leur mandant. Ainsi, la question que nous examinons ne se présente pas dans cette hypothèse.

La partie elle-même est attaquée ou repoussée par la fin de non-recevoir prise de la nullité ou de l'inutilité de la procédure. Elle a deux voies à suivre : défendre seule, appeler l'officier ministériel en garantie : cette dernière marche est certainement la plus sage, mais elle n'est pas obligatoire, elle n'est même pas toujours possible (1). La partie défend en son nom personnel : elle soutient, ou que l'acte n'est pas nul, et c'est alors elle qui doit être condamnée, sauf son recours, s'il y a lieu; ou qu'il est nul par un fait auquel elle est étrangère, par la faute de l'officier ministériel, celui-ci se trouve alors directement incriminé. Or, comment concevoir qu'on puisse le condamner sans l'entendre?

L'avoué, l'huissier, nous l'avons souvent dit, sont des mandataires forcés; ils ne sont pas toujours libres de se refuser à faire tel acte, telle procédure, exigés par la partie qui les emploie, sous le prétexte qu'il peut y avoir lieu à l'annulation ou au rejet de la taxe : s'il en était autrement, il leur serait trop facile, par des refus collusoires, de compromettre les droits dont on leur a confié la défense. Sans doute ils ne sont pas tenus de sanctionner les erreurs, les folies de leurs clients; mais ils doivent satisfaire à des exigences qui n'ont rien de préjudiciable pour personne : du moins faut-il reconnaître que leur déférence sur ce point ne saurait engager leur responsabilité personnelle.

Ces principes sont universellement reconnus. Nous avons cité, sous la question précédente, deux arrêts de Caen, 27 mars 1813, et de Montpellier, 24 juin 1826, qui en ont fait l'application. La Cour de cassation, le 7 juill. 1817 (*J. Av.*, t. 14, p. 617; Devill., *Collect. nouv.*, 5.1.345), statuant dans l'intérêt de la loi et conformément à l'art. 42 du décret du 14 juin 1813, a décidé que l'huissier qui, même pour se conformer à une défense expresse du juge de paix dans le ressort duquel il fonctionne, refuse à une partie son ministère, se rend passible vis-à-vis d'elle de dommages-intérêts.

Les officiers ministériels ne sont donc point nécessairement coupables de toutes les nullités qui peuvent être commises. La partie en faute, celle du moins qui doit être présumée telle jusqu'à preuve du contraire, c'est le mandant au nom de qui ces actes ont été faits; une action directe est ouverte contre lui. (V. *Quest.* 376, t. 1, p. 460 et *Quest.* 3397, *inf.*, p. 838.) Sans doute, en cas de condamnation, il a un recours en garantie contre l'avoué ou l'huissier, s'il y a lieu, et c'est ce qu'a voulu dire l'art. 1031; c'est la marche qu'ont admise les Cours de Poitiers, 21 mai 1834 (*Journ. des Huissiers*, t. 17, p. 286), et de Paris, 12

(1) [Par exemple : si les parties se trouvent en appel, etc. Voy. *Quest.* 771 *bis*, t. 2, p. 261.]

janv. 1835 (*J. Av.*, t. 48, p. 36). Il peut même, s'il se trouve devant le tribunal de première instance, les mettre en cause et faire rendre le jugement contre eux : mais admettre qu'il soit libre de laisser toute la responsabilité à la charge de ses mandataires ! de les rendre garants, sans les appeler en garantie ! d'éviter une condamnation en la demandant, ou en la laissant demander contre eux, et admettre, comme la Cour de Rennes, dans l'arrêt précité, que l'officier ministériel a agi *par animosité* ou *par intérêt*, sans avoir entendu sa défense ! comme la Cour de cassation, le 19 août 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 546; DEVILL., 1835.1.592), que des frais peuvent être mis à sa charge, non-seulement en son absence, mais encore lorsque les parties ne se plaignent pas !!.. Tant qu'on ne nous aura pas prouvé, qu'en se chargeant de leurs fonctions les avoués ou les huissiers se mettent hors de la loi commune, on nous permettra de dire que ces solutions ne sont ni équitables, ni légales.

Mais, objecte-t-on, l'officier ministériel condamné aura son recours contre la partie, si c'est par le fait de cette dernière que l'acte est nul ou frustratoire; certains arrêts lui accordent même la voie de la tierce opposition devant le même tribunal. Mais d'abord pourquoi faire deux procès, se livrer à des circuits longs et dispendieux qu'il serait si facile d'éviter? Puis l'action en garantie peut devenir illusoire, par l'insolvabilité, la mort, etc., de la partie; enfin une condamnation va peser en attendant sur l'avoué ou sur l'huissier, condamnation d'autant plus fâcheuse qu'elle est imméritée, et ils ont certainement un intérêt d'honneur à empêcher qu'elle ne soit prononcée contre eux.

Voyons d'ailleurs où conduit se système que nous combattons : Il est généralement reconnu (*V.* notre *Quest.* 771 *bis*, t. 2, p. 26.) que le recours contre l'officier doit subir les deux degrés de juridiction; qu'on ne pourrait par conséquent saisir de prime-abord le tribunal d'appel d'une semblable demande. La Cour de cassation, le 8 nov. 1820 (*J. Av.*, t. 14, p. 630; DEVILL., *Collect. nouv.*, 6.1.322), a jugé qu'elle ne peut être pour la première fois présentée devant elle, et ce dernier point surtout nous paraît incontestable. Eh bien ! ces tribunaux supérieurs, qui n'ont pas le droit de mettre en cause un huissier, un avoué, de les entendre dans leurs moyens de défense et de les juger ensuite, s'arrogent cependant celui de les condamner sans les avoir ni appelés, ni entendus !...

Qu'importe, après cela, qu'il s'agisse simplement d'une omission, d'une contravention faciles à constater ? Tels frais, frustratoires dans certains cas, ne le sont pas dans d'autres. Le fait peut être constant, sans qu'il en soit de même de la responsabilité de l'officier ministériel. Qu'importe encore que la peine soit *disciplinaire?* Une peine disciplinaire, comme toute autre condamnation, ne peut être prononcée sans que l'inculpé ait été mis à même de présenter ses moyens de défense. *Voy.*, notamment, décret du 14 juin 1813, art. 80. Toute la faveur que nous demandons pour les officiers ministériels, c'est qu'ils ne soient pas traités plus sévèrement que les délinquants ou les criminels pris en flagrant délit ; qu'avant d'être jugés, ils soient entendus. La Cour suprême a d'ailleurs consacré ces principes par trois arrêts de Cassation des 7 août 1822, 20 fév. et 25 nov. 1823 (*J. Av.*, t. 24, p. 268, et 25, p. 59 et 369).

Lors donc qu'une partie est seule en cause, c'est contre elle que doit être prononcée l'annulation, sauf son recours contre qui de droit, recours qu'elle peut exercer immédiatement, et avant que le jugement n'intervienne, si elle se trouve en première instance; par action récursoire, si elle plaide en appel ou en cassation, sauf d'ailleurs les droits disciplinaires de tous les tribunaux à l'égard des actes frustratoires faits devant leur juridiction. Lorsque l'avoué ou l'huissier est directement assigné, son recours en garantie contre la partie n'éprouve aucune difficulté, puisque l'action est portée directement devant le tribunal civil.

Si c'est la partie au nom de laquelle l'acte a été fait qui en demande la nullité ou le rejet, les mêmes règles doivent, à plus forte raison, être appliquées.

En ce qui concerne les amendes, dans le cas prévu par l'art. 1030, il est certain qu'elles sont une pénalité personnelle à l'officier, et qui doit par conséquent être directement prononcée contre lui par le tribunal statuant disciplinairement ou dans les formes ordinaires; mais encore faut-il qu'il soit mis en cause et entendu.

Si donc le fait qui donne lieu à l'amende se présente en appel, en cassation, etc., les magistrats doivent selon nous s'abstenir de statuer à cet égard, et renvoyer devant les tribunaux disciplinaires. Il est inutile d'insister sur les motifs de notre décision. Toutefois, une exception à cette règle semble résulter des termes du décret du 29 août 1813, qui condamne l'huissier à l'amende pour copie illisible de pièces : c'est qu'il s'agit ici d'un fait dont la constatation matérielle suffit pour entraîner une peine contre lui; mais telle n'est pas l'hypothèse dans laquelle nous discutons maintenant.

En ce qui concerne les dommages-intérêts, nous partageons le sentiment de M. Carré.]]

3397. ***La partie à la requête de laquelle se font des exploits ou actes de procédure, est-elle responsable des fautes que commet l'officier ministériel qui les a faits?***

Cette question a été jugée pour l'affirmative, relativement aux huissiers, par deux arrêts de la Cour de Bruxelles des 2 juin 1806 et 10 mars 1808 (voy. Denevers, 1809, *supplém.*, p. 219), et par arrêt de la Cour de Colmar du 20 août 1808. (Voy. *Jurispr. sur la procéd.*, t. 2, p. 338.)

Ces arrêts sont fondés sur le principe, que tout mandant doit répondre du fait de son mandataire, sauf son recours en garantie contre celui-ci; principe qui nous paraît s'appliquer également à l'égard des actes d'avoués, puisqu'ils sont, comme les huissiers, des mandataires de la partie qui les commet.

[[Cette décision est la conséquence des principes que nous avons exposés sous la précédente question.

Du principe que l'officier ministériel est le mandataire de la partie qui l'emploie, il résulte encore qu'il est dispensé, dans les actes de son ministère, de rapporter un pouvoir écrit, hors des cas où la loi exige un mandat spécial; Metz, 22 déc. 1827 (*J. Av.*, t. 35, p. 364). La responsabilité du mandant n'est pas d'ailleurs moins directement engagée.]]

3398. ***Si la partie qui a employé un officier ministériel est responsable, envers la personne contre laquelle il a exercé son ministère, des fautes qu'il aurait commises, s'ensuit-il que cette dernière puisse exercer directement son action contre cet officier?***

Bornier, sur l'art. 19 du titre 21 de l'Ordonnance, disait qu'il fallait assigner l'huissier pour voir déclarer contre lui les peines encourues par cet article.

A ce sujet, les auteurs du *Praticien*, t. 4, p. 386, disent qu'il faut distinguer entre les nullités provenant de l'inobservation des formes et celles qui sont imputables au créancier, comme s'il avait fait exécuter avant le terme ou en vertu d'un titre acquitté.

Cette distinction est sans doute fondée; car l'officier ministériel ne doit répondre que de son fait personnel.

Mais il nous semble que si la loi n'interdit pas formellement l'action directe contre un officier ministériel, à raison des fautes qu'il aurait commises, elle suppose que c'est contre la partie qui l'a requis que la demande en dommages-intérêts doit être poursuivie.

En effet, les art. 152 et 1031 assujettissent les officiers ministériels aux dommages-intérêts de *la partie*; ce qui ne peut guère s'entendre que de celle à

requête de qui ils ont agi, et qui, dans la demande qu'elle aurait à former pour les dommages-intérêts contre l'officier ministériel, aurait à comprendre nécessairement ceux qui lui seraient demandés par sa partie adverse, à raison des fautes de cet officier.

[[L'interprétation donnée par M. Carré aux expressions des art. 152 et 1031, nous paraît évidemment inexacte, aussi bien que la conclusion qu'il en tire, et telle est aussi l'opinion de M. PIGEAU, *Comment.*, t. 2, p. 742. Nul doute, suivant nous, ne peut s'élever sur le droit des parties d'attaquer directement l'officier ministériel qu'elles croient passibles de dommages-intérêts à leur égard, sauf par celui-ci à prouver qu'elles n'ont souffert aucun préjudice, ou que le préjudice ne provient pas de son fait, ou à citer leur mandant en garantie, s'il le juge convenable. *Voy.*, d'ailleurs, *Quest.* 376, t. 1, p. 460, et *suprà*, nos *Quest.* 3395 *bis* et 3396.]]

3399. *L'huissier est-il responsable des nullités qui se trouveraient dans la partie d'un exploit qui ne serait pas de son écriture?*

Sous l'empire de l'Ordonnance, on n'exigeait point que les exploits fussent écrits de la main même de l'huissier (*voy.* RODIER, sur l'art. 1012, tit. 2), et l'usage s'est conservé, depuis la publication du Code, de remettre à un huissier, pour qu'il les signifie, des exploits, le plus souvent écrits en l'étude des avoués. On laisse seulement en blanc ce qu'on ne pourrait écrire d'avance sans courir risque de faire de fausses énonciations, par exemple, *le parlant à...*

Il peut arriver, dans ce cas, que la partie de l'acte écrite par une main étrangère renferme une nullité. De là naît la question posée de savoir si l'huissier en est responsable.

La Cour de Caen, par arrêt du 27 mars 1813, avait décidé cette question pour la négative, attendu que, dans cette hypothèse, la nullité n'est pas du fait personnel de l'huissier, puisqu'on ne s'en est pas rapporté à sa capacité.

Elle avait, en conséquence, déclaré que le recours ne pouvait être exercé que contre l'auteur de l'acte.

Mais, par arrêt du 21 fév. 1821 (SIREY, t. 22, p. 34, et *J. Av.*, t. 23, p. 55), la Cour de cassation a décidé, au contraire, en maintenant un arrêt de la Cour de Metz, que cet arrêt avait bien saisi l'esprit de la disposition pénale de l'article 1031, en déclarant qu'elle n'a entendu parler que des actes qui sont dans l'attribution de l'officier, auteur de l'acte, et dans lequel son ministère est nécessaire ; ce qui, à l'égard de l'avoué, n'a pas lieu dans un exploit, qui doit toujours être réputé le fait de l'huissier qui l'a signé.

Cette décision nous semble parfaitement juste ; mais nous ne doutons pas que l'huissier condamné aux dommages-intérêts de la partie n'eût contre l'avoué un recours en garantie, suivant les principes généraux du droit.

[[C'est-à-dire à raison du préjudice qui lui a été occasionné, par suite de sa condamnation aux dépens ; mais ce n'est pas là, à proprement parler, un recours en garantie, c'est une action ordinaire, fondée sur l'art. 1382 du Code civil. *Voy.*, d'ailleurs, à l'appui de la solution de M. Carré, les développements dans lesquels nous sommes entré sous notre *Quest.* 3395 *bis.*]]

3400. *Quels sont les officiers de la justice que la loi indique par cette dénomination générique*, OFFICIERS MINISTÉRIELS?

Ce sont, dit M. MERLIN (voy. *Nouv. Répert.*, au mot *Nullité*, t. 8, p. 630), les greffiers, les avoués et les huissiers.

[[Cela est incontestable. *Voy.*, au surplus, M. CARRÉ, *Compétence*, t. 2, p. 360, et suiv. (éd. in-8°). *Voy.*, en ce qui concerne les greffiers, M. SOUQUET,

Dictionn. des Temps légaux, v° *Greffier*, au 243e tabl., 5e col., n° 6; *voy* aussi son 403e tabl., des officiers ministériels).]]

3401. *Que signifient ces termes de l'art.* 1031, SUIVANT L'EXIGENCE DES CAS?

Ils signifient que les juges sont autorisés à décider, d'après la nature des circonstances, si la faute est assez grave pour qu'il y ait lieu à responsabilité et à condamnation de dommages-intérêts, ou si la faute est tellement légère qu'on doive la rejeter sur la faiblesse et l'imperfection de la nature humaine.

[[M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 340, fait observer, avec raison, que cette décision ne s'applique qu'aux dommages-intérêts, et non aux frais des actes ou procédures annulés.]]

ART. 1032. Les communes et les établissemens publics seront tenus, pour former une demande en justice, de se conformer aux lois administratives.

Loi de décemb. 1789, art. 54, 56. — Loi du 29 vendém. an V, art. 1 et 3.—Loi du 21 brum. même année.—Loi du 28 pluv. an VIII. — Arrêtés du gouvernement, des 7 mess. an IX, nos 11, 12, 13, et 12 brum. an XI. — Cod. civ., art. 910, 937 et 2046. — Cod. proc. civ., art. 69, §§ 3 et 5.—[Lois des 18 juill. 1839, art. 49 à 59, et 10 mai 1838 art. 36 et 37. Notre Dict. gén. de proc. v° *Autorisation de communes*, nos 1 à 131. — Locré, t. 23, p. 115, n° 16, et p. 378 sur l'art. 1032.

QUESTIONS TRAITÉES : Qu'est-ce que les lois administratives prescrivent, pour qu'une commune ou un établissement public puisse former une demande en justice? *Q.* 3402. — L'autorisation est-elle nécessaire tant pour la demande que pour la défense? *Q.* 3403. — Les communes et les établissements publics ont ils, en toute affaire indistinctement, besoin d'autorisation pour plaider en défendant? *Q.* 3404. — Les communes ont-elles besoin d'autorisation afin de prendre des mesures conservatoires, d'appeler ou de défendre en cause d'appel, et afin de se pourvoir en cassation? *Q.* 3405.—Lorsqu'une commune ou un établissement public ne sont autorisés à plaider qu'au milieu des errements d'une procédure faite sur une demande qui, quant à son objet, exigeait l'autorisation *dès le principe*, tous les exploits et actes antérieurs seraient-ils validés par cette autorisation ? 3406.—Le défaut d'autorisation opère-t-il, contre les communes et les établissements publics, une nullité absolue que leurs adversaires puissent opposer en tout état de cause? *Q.* 3407.—Le conseil de préfecture peut-il refuser l'autorisation, et en cas de refus, quel genre de pourvoi les communes et établissements publics peuvent-ils exercer? *Q.* 3408.]

DCXVI. En tous les temps les communes et les établissements publics ont été, pour le législateur, l'objet d'une sollicitude particulière qui s'est étendue jusqu'à les comparer à des mineurs, et à les soumettre, pour leur propre intérêt, à des conditions prescrites afin de mettre leur administration dans l'heureuse impuissance de les livrer, avec légèreté, aux hasards de procès qui souvent pourraient être ruineux pour eux.

Les lois administratives indiquent ces précautions salutaires, et notre art. 1032, afin qu'on n'induisît pas de son silence une abrogation tacite, rappelle, en termes exprès, l'obligation de s'y conformer.

3402. *Qu'est-ce que les lois administratives prescrivent pour qu'une commune ou un établissement public puisse former une demande en justice?*

Il résulte des art. 1er et 3 de la loi du 29 vend. an V, de celle du 28 pluv. an VIII, et des arrêtés consulaires des 17 vend. an X et 12 brum. an XI, 1° que le droit de suivre les actions qui intéressent uniquement les communes est confié aux maires, et, à leur défaut, à leurs adjoints; 2° que les maires ou adjoints ne peuvent suivre aucune action sans y être préalablement autorisés par le conseil de préfecture, sur l'avis du conseil municipal.

Une sage précaution, généralement adoptée par les préfets, est d'exiger que la commune joigne à cet avis une consultation de trois jurisconsultes (1).

(1) Cette précaution est également prise pour les fabriques.

Cette formalité, d'une autorisation préalable, s'applique, d'après un arrêté du 24 germ. an XI, aux sections de commune qui seraient en contestation relativement à des intérêts particuliers ; mais lorsqu'elle est accordée, c'est l'un des dix habitants que le sous-préfet a dû choisir pour délibérer s'il y avait lieu à intenter le procès, qui est nommé par cette commission, à l'effet de suivre l'action devant les tribunaux. Il est à remarquer que ce choix ne peut tomber ni sur le maire ni sur l'adjoint de la commune, et que l'application de ces dispositions du décret du 24 germ. n'est pas nécessaire, lorsque l'action concerne une collection de propriétaires qui ne forment pas une section, mais qui plaident en nom individuel, et n'agissent pas même en qualité d'habitants de village. (*Voy.* 15 nov. 1808, S. 9.2.107.)

Quant aux établissements publics, tels que les hospices, les colléges royaux, les fabriques, etc., ils ont besoin de la même autorisation que les communes; c'est ce qui résulte, pour les hospices, d'un arrêt de la Cour de cassation du 22 prair. an XIII, et d'un décret du 30 juin 1806, et, pour les fabriques, d'un arrêt de la Cour de cassation du 21 juin 1808 (S. 8.1.429, et *J. Av.*, t. 4, p. 731), et de l'art. 77 du décret du 30 déc. 1809, qui exige l'autorisation tant pour former action que pour *défendre.* (*Voy.* aussi *Nouv. Répert.*, au mot *Hôpital*, § 5, t. 5, p. 749.)

Nous remarquerons que les hospices doivent justifier de plus de l'avis des membres du comité consultatif créé par l'arrêté du 7 mess. an IX (art. 10 et 11), et qu'il a été jugé, par arrêt de la Cour de Turin du 19 mai 1806 (*Voy.* S. 10. 2.48), que les chapitres n'ont pas besoin d'autorisation pour défendre leurs intérêts.

[[La loi du 18 juill. 1837 sur l'administration municipale, art. 49 à 59; celle du 10 mai 1838 sur les attributions des conseils généraux et des conseils d'arrondissement, art. 36 et 37, contiennent des dispositions fort détaillées sur les autorisations. Nous avons traité cette matière importante dans nos *Principes de compétence et de juridiction administratives,* tom. 4, tit. *des Autorisations de plaider des communes, des départements et des établissements publics.*

Les questions qui se rattachent aux difficultés soulevées par M. Carré ont une connexité si intime avec les principes du droit administratif, que nous croyons nécessaire de renvoyer nos lecteurs au livre où nous avons dû naturellement les examiner sous toutes leurs physionomies.]]

3403. *L'autorisation est-elle nécessaire tant pour la demande que pour la défense?*

L'affirmative résulte, et de la loi du 28 pluv. an VIII, qui exige l'autorisation pour plaider, et des arrêtés des 29 vend. et 24 brum. an V, qui veulent, à leur tour, que les communes en soient munies pour intenter valablement une action, et enfin de l'arrêté du 17 vend. an X, portant qu'il ne peut en être intenté contre elles que sous cette condition (1).

Cependant, on lit au *Recueil* de M. SIREY, t. 21, p. 183, en tête de la notice d'un arrêt de la Cour de cassation du 31 août 1820, cette proposition générale : « Les communes n'ont besoin d'autorisation, ni pour défendre en matière de « justice répressive, ni pour *défendre en tribunal civil*, surtout s'il s'agit des « suites de l'exécution d'un jugement correctionnel. »

Nous ferons observer que l'arrêt dont il s'agit ne prête point à tirer de son dispositif une conséquence aussi étendue, qui supposerait une abrogation, dans

(1) *Voy.* cependant la distinction faite sur la question suivante, et remarquez que l'autorisation est accordée sur la demande de celui qui entend poursuivre l'action contre la commune.

l'art. 1032 du Code de procédure, des arrêtés ci-dessus mentionnés, tandis, au contraire, qu'il est dans son esprit de les maintenir.

Il suffit de connaître l'espèce dans laquelle cet arrêt a été rendu, et d'en rapprocher les faits du dispositif, pour se convaincre que la Cour de cassation n'a cité l'art. 1032, en ce qu'il emploie les expressions pour *former une demande en justice*, et la loi du 28 pluv. an VIII, en ce qu'elle ne prescrit l'autorisation que pour plaider, qu'afin de déclarer que ces dispositions ne se rapportent qu'aux procès à intenter par les communes ou contre elles, et ne peuvent, comme cette Cour le décide, s'entendre de simples actes d'exécution d'un jugement qui a mis fin à un litige.

Il n'y a rien en cela qui permette de supposer que l'arrêt ci-dessus ait décidé qu'il n'est pas nécessaire, même en matière civile, que les communes soient autorisées pour défendre.

[[*V.* notre observation sur la *Quest.* 3402.]]

3404. *Les communes et les établissements publics ont-ils, en toute affaire indistinctement, besoin d'autorisation pour plaider en défendant ?*

Il résulte d'un arrêté du gouvernement qu'il n'est pas besoin de prendre l'autorisation pour former, soit au pétitoire, soit au possessoire, une action à raison d'un droit de propriété, tandis, au contraire, que l'autorisation est rigoureusement exigée pour les actions chirographaires ou hypothécaires et pour simples créances.

Telle est la disposition d'un arrêté du 17 vend. an X, disposition qui a été répétée dans un autre du 3 juill. 1808, transmis aux préfets par le ministre de l'intérieur, le 12 du même mois; dans un troisième du 21 mars 1809, rapporté par M. Merlin, en ses Additions aux *Questions de droit*, au mot *Communes*, p. 72. (*Voy.* aussi *J. Av.*, t. 4, p. 714), et enfin, dans un arrêt du conseil d'État du roi, du 4 juin 1816, rapporté par M. Macarel, t. 1, p. 151, de son excellent ouvrage des *Eléments de jurisprudence administrative.* C'est en effet, ajoute ce jurisconsulte, un principe certain, que les particuliers n'ont pas besoin d'autorisation pour intenter une action réelle contre les communes (1).

[[*Voy.* notre observation sur la *Quest.* 3402.]]

3405. *Les communes ont-elles besoin d'autorisation afin de prendre des mesures conservatoires, d'appeler ou de défendre en cause d'appel, et fin de se pourvoir en cassation ?*

Suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, l'autorisation ne leur est nécessaire ni pour défendre à un appel, ni pour former un pourvoi en cassation. Mais la question de savoir si les communes doivent l'obtenir pour appeler pourrait faire difficulté.

M. Berriat Saint-Prix, p. 669, not. 18, dit que l'autorisation n'est pas nécessaire pour les actes conservatoires tels que l'appel, ce qui est certain, d'après un arrêt de la Cour de cassation du 28 brum. an XIV (Voy. *Nouv. Répert.*, v° *Communauté d'habitants*, p. 587, et *J. Av.*, t. 4, p. 728), qui déclare expressément que la signification de l'appel n'est qu'une mesure conservatoire prise pour prévenir l'expiration des délais.

---

(1) Nous avons eu soin de signaler, dans notre *Traité du gouvernement des paroisses*, p. 387., à la note, la différence vraiment bizarre qui existe sur ce point entre les communes et les fabriques. La formalité de l'autorisation est nécessaire pour celles-ci, *en toute affaire*, soit pour la demande, soit pour la défense, puisque l'art. 77, déjà cité, du décret du 30 décemb. 1809, ne fait aucune distinction.

Mais en admettant que l'acte d'appel soit valable, dira-t-on que la commune puisse ensuite suivre l'instance d'appel et plaider sans autorisation?

Des auteurs ont pensé le contraire, en se fondant sur l'art. 43 de l'édit du mois d'août 1764; mais cette opinion a été rejetée par un arrêt de la Cour de cassation du 12 juill. 1808 (S., 9.1.267, et *J. Av.*, t. 4, p. 734), attendu que la déclaration du 2 oct. 1703, qui exige une autorisation pour l'appel, et l'édit de 1764, qui ne dispense de cette autorisation que pour défendre aux appels, n'ont point été rappelés par la loi du 9 vend. an V, qui se borne à parler des actions à suivre; ainsi, une première autorisation suffit pour suivre une action dans tous les degrés de juridiction.

On pourrait appliquer cette décision à l'appel interjeté par une femme mariée, et dire conséquemment qu'il n'est pas besoin de surseoir à l'instruction sur appel, jusqu'à ce qu'elle fût pourvue d'une nouvelle autorisation, ainsi que nous avons dit qu'on doit l'être, en répondant à la *Quest.* 2913.

[[*Voy.* notre observation sur la *Quest.* 3402.]]

3406. *Lorsqu'une commune ou un établissement public ne sont autorisés à plaider qu'au milieu des errements d'une procédure faite sur une demande qui, quant à son objet, exigeait l'autorisation,* DÈS LE PRINCIPE, *tous les exploits et actes antérieurs seraient-ils validés par cette autorisation?*

Cette question a été décidée pour la négative, par un arrêt de la Cour de cassation du 11 janv. 1809 (*J. Av.*, t. 4, p. 735), lequel déclare que « tout ce qui « avait été fait et dit par une commune, avant qu'elle eût été autorisée à plaider, « est nul et ne peut la lier d'aucune manière. »

La même décision avait été rendue, par un arrêt du 12 frim. an XIV (Voy. *Nouv. Répert.*, au mot *Acquiescement*, et *J. Av.*, t. 4, p. 730), et enfin, par arrêt du 17 mai 1819, la question a été ainsi jugée par la Cour royale de Rennes.

[[*Voy.* notre observation sur la *Quest.* 3402.]]

3407. *Le défaut d'autorisation opère-t-il, contre les communes ou les établissements publics, une nullité absolue que leurs adversaires puissent opposer en tout état de cause?*

Le défaut d'autorisation, dit M. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 668, not. 15, n° 2, est considéré par la Cour suprême comme une nullité absolue, que les adversaires des communes peuvent leur opposer. C'est en effet ce qu'a jugé la Cour de cass., les 15 prair. an XII (*V. S.*, 4.1.280, et *J. Av.*, t. 4, p. 702, 703, 704 et 725), 24 avril 1809, 16 mai 1810, *Bull. de Cass.*; *Quest. de droit*, au mot, *Usage*, § 2; *Répert.*, au mot *Communauté*, n° 7); par le motif que cette autorisation n'est pas seulement exigée pour l'intérêt des communes, mais encore pour qu'*elles n'inquiètent pas sans raison les particuliers.* (*Voy.* aussi les *Questions de droit* de M. MERLIN, t. 2, p. 436, t. 4, p. 6(5, t. 9, p. 449 et 536.)

Mais M. Berriat Saint-Prix, *ubi suprà*, remarque avec raison qu'il paraît que le conseil d'Etat ne considère plus à présent le défaut d'autorisation que comme une nullité relative que les communes seules ont le droit de faire valoir : c'est du moins, ajoute-t-il, ce qu'on pourrait induire d'une note de M. Merlin (Voy. *Nouv. Répert.*, au mot *Hôpital*), et des considérants de deux avis de ce conseil, des 17 sept. 1809 (Voy. *Quest. de droit*, 2e éd., t. 3, p. 518, au mot *Non bis*), et 22 oct. 1810, au Bulletin des lois, 1810, p. 442.

Nous ajouterons, au surplus, que cette jurisprudence du conseil d'Etat est conforme à ce qui s'observe relativement au défaut d'autorisation des tuteurs et des femmes mariées, et qu'aucune des décisions, sur lesquelles M. MACAREL, t. 1, p. 149 et 150, s'appuie pour maintenir le système contraire, n'étant postérieure à

celles que nous venons de citer, ne pourrait être opposée contre celui que nous admettons, savoir : que le défaut d'autorisation n'opère qu'une nullité relative. Nous nous fondons sur l'analogie dont nous venons de parler et sur un juste argument à tirer des art. 225, 1125, Cod. civ., et 480, § 8, Cod. proc. civ.

[[*Voy.* notre observation sur la *Quest.* 3402.]]

3408. *Le conseil de préfecture peut-il refuser l'autorisation, et, en cas de refus, quel genre de pourvoi les communes et établissements publics peuvent-ils exercer ?*

Les conseils de préfecture ne peuvent refuser aux créanciers d'une commune ou d'un établissement public l'autorisation de plaider ; ils ne peuvent qu'examiner s'il vaut mieux obliger la commune à acquiescer ou l'autoriser à se défendre (arrêté du 26 nov. 1808, Macarel, t. 1, p. 145) : en cas de refus d'autorisation, fait à une commune ou à un établissement public, refus qui doit être motivé, la commune ou l'établissement a un recours vers le conseil d'Etat, qui se réserve de donner lui-même l'autorisation.

Tel serait particulièrement le cas où le conseil de préfecture eût refusé, nonobstant avis d'avocats choisis par le préfet. Si, au contraire, il n'avait pas été servi de consultation, il n'y aurait lieu à annuler le refus qu'autant qu'il serait démontré que le conseil se fût trompé dans l'examen de l'objet et sur les conséquences possibles du procès (1).

[[*Voy.* notre observation sur la *Quest.* 3402.]]

Art. 1033. Le jour de la signification ni celui de l'échéance ne sont jamais comptés pour le délai général fixé pour les ajournements, les citations, sommations et autres actes faits à personne ou domicile : ce délai sera augmenté d'un jour à raison de trois myriamètres de distance ; et quand il y aura lieu à voyage, ou envoi et retour, l'augmentation sera du double (2).

Ordonn. de 1667, tit. 5. art. 5, et tit. 8, art. 2.—Cod. proc. civ., art. 157, 734. — t. 1er, notre Introduc. gén., liv. 2, tit. 3.—[Locré, p. 415, n° 17.

Questions traitées : Les dispositions de l'art. 1033 sont-elles applicables aux actes faits, soit d'avoués à avoués, soit à partie, soit à domicile d'avoués? *En termes plus généraux* : A quels actes et en quelles matières les dispositions de l'art. 1033 doivent-elles être appliquées? *Q.* 3409.— Le délai indiqué par la loi pour signifier des ajournements, citations, sommations ou autres actes faits à personne ou domicile, est-il franc et susceptible d'augmentation à raison des distances comme celui qui est donné pour obtempérer à ces actes? En termes plus généraux : A quels caractères reconnaît-on qu'un délai est franc et susceptible d'augmentation à raison des distances? *Q.* 3410. — Le délai d'une assignation donnée à bref délai, en vertu d'une permission de citer, qui n'a point fixé le jour de la comparution mais qui a seulement autorisé à assigner à un nombre de jours déterminé, par exemple, *à trois jours*, doit-il comprendre le jour de l'assignation et celui de l'échéance? 3411.—Un exploit, une sommation ou tout autre acte fait à personne ou à domicile, qui n'indiquerait que le délai général, sans énoncer la franchise ou l'augmentation à raison des distances, serait il valable? *Quid* de l'assignation à comparaître dans les délais de la loi? *Q.* 3412.—Est-il une règle générale qui puisse aider à reconnaître quels sont les cas où il y a lieu à une double augmentation du délai ordinaire pour voyage ou envoi et retour? Autrement, quel est le sens que l'on doit attacher aux mots, *voyage ou envoi et retour* employés dans la dernière disposition de l'art. 1033? *Q.* 3413.

---

(1) *Voy.*, sur cette question, notre *Traité du gouvernement des paroisses*, p. 393 et suiv., et p. 485, au supplément.

(2) La même mesure d'augmentation est adoptée dans le Code civil et dans le Code de commerce. (*Voy.* entr'autres Cod. civ., art. 411 et 439 ; Cod. comm., art. 511.) Il y a néanmoins des cas où elle est différente, ainsi que le fait observer M. Berriat Saint-Prix, p. 152. Ainsi, les art. 2061 et 2185, C. civ., ne la fixent qu'à un ou deux jours par cinq myriamètres, et les art. 165 et 201, Cod. comm., à un jour par deux myriamètres et demi.

—Doit-on accorder l'augmentation d'un jour pour une distance moindre de trois myriamètres? *Q.* 3414.—Comment se calculent les délais fixés à un certain nombre de mois, de jours ou d'heures? *Q.* 3415. — Les actes de procédure qui doivent être déposés au greffe sont ils réputés faits dans le délai légal, lorsqu'ils sont présentés, le dernier jour, après l'heure où les bureaux sont fermés? — *Q.* 3415 *bis.* — Tous les jours, autres que ceux des termes, sont-ils continus et utiles pour faire courir les délais? *Q.* 3416.]

DCVXII. Dans la première partie de cet article, le législateur confirme et convertit en loi cet ancien adage des praticiens, *dies termini non computantur in termino.* Il considère que le délai qu'il accorde a pour objet de donner aux parties le temps qu'exige leur transport ou la transmission de l'acte auquel elles sont obligées, et, par une conséquence nécessaire, il augmente le délai ordinaire à raison de la distance du lieu d'où la personne doit partir, à celui où elle doit se rendre, ou du lieu d'où elle doit envoyer un acte, à celui où il doit être signifié.

[[Cet article a subi une modification partielle dans l'art. 7 de la loi du 2 juin 1841. La facilité actuelle des transports devrait provoquer une révision générale de cette disposition du Code de procédure civile, *Voy.* t. 5, p. 985.]]

3409. *Les dispositions de l'art.* 1033 *sont-elles applicables aux actes faits, soit d'avoués à avoués, soit à partie, soit à domicile d'avoués?* [[En termes plus généraux : *A quels actes et en quelles matières les dispositions de l'article* 1033 *doivent-elles être appliquées?*]]

Nous avions dit, sur la 3101e *Quest.* de notre *Analyse*, qu'elles ne s'appliquaient point aux simples actes d'avoués, et même qu'elles ne pouvaient être invoquées pour les actes à faire à partie, *à domicile d'avoué.* Cette opinion était appuyée sur la jurisprudence alors existante de la Cour de cassation, mais aujourd'hui l'on doit tenir le contraire pour certain, d'après les arrêts déjà cités sur l'art. 261, t. 2, p. 567, n° 1020. Nous rappellerons surtout celui de la Cour de cassation, du 11 janv. 1815 (*J. Av.*, t. 11, p. 91), en ce qu'il renferme une décision d'autant plus importante, qu'on peut en conclure que l'art. 1033 est, en général, applicable à tous les actes faits à partie ou à domicile.

[[Pour résoudre la question d'une manière complète, il faut examiner tour à tour à quels actes et à quelles matières s'appliquent les dispositions de l'art. 1033.

Une première précision, qui résulte des termes mêmes de cet article, c'est qu'il n'y est question que du délai accordé aux parties, pour l'accomplissement de certains faits rendus nécessaires par les actes qui leur sont signifiés. Cette précision et les conséquences qui en dérivent sont traitées sous la question suivante.

Il faut, en second lieu, que le point de départ du délai soit une signification faite à personne ou domicile : ainsi, lorsque le délai court à partir d'une signification à l'avoué (*voy.* art. 669, 731, etc.), il est universellement reconnu qu'il ne faut pas se régler d'après la disposition générale de l'art. 1033. *Voy.* notre *Quest.* 2193, t. 4, p. 865.

En ce qui concerne la franchise du délai, cette remarque est peu importante, sans doute; car, en quelque endroit que l'acte doive être signifié, c'est moins à ce fait qu'à des principes d'une autre nature qu'il faut s'attacher pour résoudre la question; mais il en est autrement de l'augmentation à raison des distances, qui n'est réputée prescrite que dans les cas de signification à personne ou à domicile, et qu'il faut, au contraire, repousser, lorsque l'acte, point de départ du délai, est adressé, non à la partie elle-même, mais au représentant qu'elle s'est choisi au lieu où le débat est engagé. Il y a, dès lors, une sorte de présomption de plein droit qui repousse, comme sans cause, une augmentation de délai à raison des distances.

Cette considération donne une importance réelle au point de savoir si les actes faits à la partie, *au domicile de son avoué*, en vertu de l'art. 261, entraînent en faveur de celle-ci l'application de l'art. 1033. Les détails dans lequels nous sommes entré à ce sujet, sous le n° 1020 (t. 2, p. 567), nous dispensent ici de nouveaux développements. Il nous suffira d'ajouter aux raisons que nous avons déjà données pour l'affirmative un argument tiré des termes de l'art. 1033 lui-même, qui statue pour les délais courants à partir d'actes faits *à personne* OU *domicile* et non *à personne* ET *domicile*. Ici la signification devant être faite à la partie elle-même, il suffit que cette condition soit exigée pour que l'art. 1033 soit applicable; pour que l'on doive avoir égard à la distance de son domicile au lieu où l'enquête est poursuivie. *Voy.* aussi M. Souquet, *Dictionn. des Temps légaux*, v° *Enquête*, au 149e tabl., 5e col., nos 52 à 56.

A l'égard des actes faits à la personne même de l'avoué, il est incontestable, comme nous venons de le dire, que le délai, dont ces actes sont le point de départ, n'est pas susceptible d'augmentation, à raison d'un fait semblable, et c'est ce que décident MM. Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 744, et Boitard, t. 3, p. 503 et 505. En serait-il de même, si ces actes étaient signifiés, non au domicile réel de la partie, mais à son domicile élu (1)?

La question doit être résolue au moyen d'une précision qui résulte de la combinaison des nos 326, 1491 et 1512, dans lesquels nous l'avons examinée sous ses diverses faces. En principe général, comme nous l'avons dit sous le premier de ces trois numéros, l'élection de domicile n'étant établie que pour faciliter la signification à la partie qui la fait, c'est du lieu où siége le tribunal au domicile *reel* de la partie adverse que doit être supputée l'augmentation. Il en est autrement, lorsque le domicile élu est le seul qui soit connu du demandeur; par exemple, en matière de lettres de change ou autres effets négociables, et c'est ce que nous avons remarqué sous les *Quest.* 1491 et 1512 (t. 3, p. 506 et 526).

Un certain nombre d'articles disposent que des significations seront faites à l'avoué, ou, s'il n'en a pas été constitué, à la partie elle-même en son propre domicile, d'où la question de savoir s'il y a lieu, dans ce dernier cas, à l'augmentation à raison de la distance?

M. Carré s'est prononcé pour l'affirmative, sous la *Quest.* 2196 (t. 4, p. 866), dans l'espèce de l'art. 679, qui fixe le délai de l'appel, en matière de distribution par contribution, et nous croyons son opinion bien fondée : par cela seul que la signification a dû être faite au domicile de la partie, le délai qui court ensuite est susceptible d'augmentation ; cela résulte du droit que la loi conserve à la partie qui n'a point d'avoué d'être avertie, nonobstant sa négligence, de certains actes de procédure qui la concernent ou qui peuvent blesser ses intérêts.

L'application de l'art. 1033 ainsi restreinte, examinons maintenant les matières que régit sa dipositions :

En ce qui concerne les règles tracées par le Code de procédure lui-même, il ne s'élève aucune difficulté sérieuse. Tous les ajournements, citations et autres actes faits à personne ou domicile sont soumis à ces prescriptions. Ainsi, le délai de la citation en conciliation (art. 51), celui qui est donné aux parties afin de comparaître en justice (art. 5 et 61), sont des délais francs et susceptibles d'augmentation à raison des distances. Il importe peu que les parties se trouvent devant les juges de paix, les tribunaux de première instance ou les Cours d'appel.

Peu importe également qu'elles se trouvent devant la juridiction commerciale, qui est régie par les dispositions du Code de procédure civile. Ainsi, le délai pour

---

(1) [En supposant que c'est à ce dernier qu'ils doivent être signifiés, voy. t. 4, p. 145.]

comparaître devant les tribunaux de commerce est franc et susceptible d'augmentation, ainsi que nous l'avons décidé sous la *Quest.* 1492 (t. 3, p. 506).

On s'est demandé si l'art. 1033 s'applique aux actes spécialement déterminés par le Code civil, et sur lequel il n'a pas été statué par le Code de procédure. La Cour de Paris, 19 oct. 1809 (*J. Av.*, t. 1, p. 268; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.2.141), a jugé que sa disposition ne concerne pas les actes respectueux, qui, aux termes de l'art. 152 du Code civil, doivent être renouvelés de mois en mois, et trois fois, aux père et mère qui s'opposent au mariage de leurs enfants. Nous avons de la peine à comprendre cette opinion que, du reste, la Cour a jugé inutile d'expliquer. Le Code de procédure civile ne fait que créer ou régulariser les formes que nécessitent les règles du Code civil. Dans un grand nombre de titres, Tutelle, Interdiction, Successions, etc., ce Code renferme des dispositions auxquelles la loi de procédure n'avait rien à ajouter. L'art. 151 est évidemment de ce nombre. Il ne s'agit donc plus que de savoir si les actes respectueux qu'il prescrit sont des *actes à personne ou domicile*, dont la signification est le point de départ d'un délai pendant ou après lequel doivent être accomplis certains faits, et c'est ce qu'il est impossible de mettre en doute. Il faut donc tenir pour certain que, dans ce cas et dans tous les cas semblables, la disposition de l'article 1033 doit recevoir son entier effet, sauf dérogation formelle résultant des termes de la loi.

La question semble présenter plus de difficulté, lorsque, sortant de la procédure civile ou commerciale, nous entrons dans des matières réglées par des lois spéciales et non codifiées. La Cour de cassation, le 11 janv. 1836 (*J. Av.*, t. 54, p. 384, et *J. P.*, 3ᵉ éd., t. 27, p. 912; DEVILL., 1826, 1.12), a décidé que les dispositions *générales* du Code de procédure civile ne sont pas telles seulement par rapport au Code dans lequel elles sont renfermées, mais encore par rapport aux lois spéciales qui ne contiennent pas de disposition contraire. Elle a jugé en conséquence que la computation établie par l'art. 1033 s'applique au délai de quinzaine fixé par la loi du 7 juill. 1833, pour le recours en cassation contre les jugements rendus en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique.

Cette décision semble, au premier abord, contraire au principe souvent professé par la Cour de cassation elle-même, en matière de contributions indirectes, notamment le 27 avril 1821 (*J. Av.*, t. 21, p. 148; DEVILL., *Collect. nouv.*, 6.2.125); dans cet arrêt, la Cour déclare en termes exprès que le Code de procédure civile est une loi générale, étrangère à la procédure à suivre dans ce cas; qu'il ne peut donc être légalement invoqué pour régler le délai d'appel en cette matière que tout autant qu'il aurait formellement dérogé au décret du 1ᵉʳ germinal an XIII qui la régit.

Mais remarquons que la difficulté portait uniquement sur le point de savoir si le délai déterminé par l'art. 32 de ce décret doit être réputé franc. Or, il est certain que, plusieurs fois, et dans des dispositions qui rentrent par leurs termes sous l'empire de l'art. 1033, le Code de procédure lui-même a dérogé à sa disposition en ce qui concerne la franchise du délai. (*Voy.* notre question suiv.) L'art. 32 n'a pas fait autre chose : « L'appel, dit-il, devra être notifié dans la huitaine de la signification, » c'est-à-dire le huitième jour, au plus tard. Mais suit-il de là qu'il n'y ait pas lieu à augmentation à raison des distances? Plus le délai de l'appel est court, plus il est juste, nécessaire même, que cette augmentation ait lieu, sans cela, la loi n'accorderait aux parties qu'un droit illusoire. Aussi croyons-nous la décision de la Cour de cassation juste, *pro subjectâ materiâ*, mais fondée sur un motif peu exact. Le principe en vertu duquel elle a rendu son arrêt du 11 janv. 1836 nous paraît beaucoup plus conforme aux intentions de la loi.]]

3410. *Le délai indiqué par la loi pour signifier des ajournements, citations, sommations ou autres actes faits à personne ou domicile, est-il franc* [[*et susceptible d'augmentation à raison des distances,*]] *comme celui qui est donné pour obtempérer à ces actes?* [[En termes plus généraux: *A quels caractères reconnaît-on qu'un délai est franc et susceptible d'augmentation à raison des distances?*]]

Il nous avait semblé résulter des termes de l'art. 1033 que le Code de procédure civile avait distingué, dans ses dispositions concernant les délais, les actes pour lesquels il eût voulu accorder à la partie un délai utile de tel nombre de jours pour y obtempérer, de ceux pour lesquels il eût fixé à la partie qui doit faire ces actes un nombre péremptoire de jours pour y procéder.

Dans le premier cas, disions-nous, n° 3102 de notre *Analyse*, la loi a sanctionné le principe déjà adopté dans la pratique, que ni le jour de la signification ni celui de l'échéance ne sont comptés dans le délai qu'elle a fixé d'une manière générale.

Dans le second cas, au contraire, la loi n'a rien innové aux principes d'après lesquels il ne peut y avoir de jours utiles pour obéir que ceux qu'elle a strictement fixés.

Nous entendions prouver la justesse de cette distinction entre le délai prescrit pour faire un acte et celui fixé pour faire ce qu'il convient en vertu de cet acte, par les considérations suivantes:

Premièrement, que le jour de la signification étant désigné par l'art. 1033, comme le premier de ceux qui sont exclus du délai utile, cette désignation ne peut s'appliquer que relativement à la partie actionnée à qui la signification est faite. C'est donc elle seule qui jouit de la franchise du délai, et non celle qui est obligée de faire un acte quelconque dans un laps de temps déterminé.

Secondement, que les deux délais accordés par la loi, l'un pour faire signifier un acte, l'autre pour obtempérer aux ajournements, citations, sommations ou autres exploits signifiés à personne ou à domicile, sont très distincts entre eux, de sorte que l'art. 1033, qui a statué littéralement sur ces derniers, ne peut être appliqué aux premiers.

Telle est aussi l'opinion de M. Berriat Saint-Prix, pag. 149, not. 10, et, ajoute-t-il, c'est d'après cette distinction, judicieuse faite par la Cour de Turin (arrêt du 14 mai 1806), que l'on a décidé que les délais suivants n'étaient pas francs: 1° délai de huitaine, pour la notification d'une demande en validité de saisie-arrêt art. 563); 2° de quinzaine, pour l'appel des incidents de saisie immobilière (art. 723); 3° de dix jours pour l'appel et les contestations d'ordre (763, 6°); 4° de quarante jours pour la notification d'une surenchère. (Cod. civ., 2185.)

Mais comment concilier la règle générale que l'on suppose et d'où l'on fait dériver ces décisions avec les arrêts cités n° 1554, et qui ont décidé, par application de l'art. 1033, que, dans le délai d'appel fixé par l'art. 443, le jour de l'échéance n'était pas compris, attendu que l'appel est un acte qui doit être *signifié à personne ou domicile*, et qu'aucune loi positive ne l'excepte de la règle générale?

Nulle difficulté à cet égard. Tous les délais dont nous venons de parler, d'après M. Berriat Saint-Prix, sont fixés par un nombre de jours, dans l'inclusion desquels l'acte doit être notifié: partout on trouve le mot *dans*. Ainsi, pour la notification de la demande en validité, la loi dit *dans* la huitaine; pour l'appel des incidents en saisie immobilière, *dans* la quinzaine; pour l'appel des contestations d'ordre, *dans* les dix jours; enfin, pour la notification de la surenchère, DANS LES QUARANTE jours.

Il y a lieu ici à l'application du principe général posé dans notre introduction, et dont nous avons fait l'application à une foule d'autres cas (*Voy.* notamment les *Quest.* 90 et 632), tandis que l'art. 443 n'est point conçu dans les termes ci-dessus indiqués; mais comme il suit : « *Le délai pour interjeter appel sera de trois mois : il courra du jour, etc.* »

Cette différence d'expressions justifie la solution différente donnée par la Cour de cassation relativement à l'appel. En effet, le mot *dans* exclut le dernier jour du délai, tandis qu'on se trouve sous l'application de la règle générale, toutes les fois que la loi se sert de termes qui ne comportent pas cette exclusion.

De ces observations il résulte que toute signification à faire à personne ou à domicile, dans un délai déterminé en termes généraux, comme dans l'art. 443, suppose la franchise de ce délai.

Nous ne devons donc pas appliquer en ce cas la distinction que nous avions faite dans notre *Analyse*, et qu'admet M. Berriat Saint-Prix.

Reste à savoir si nous devons aussi abandonner notre doctrine par rapport à l'augmentation du délai. Nous nous sommes expliqué d'avance à ce sujet sur la *Quest.* 1554, et nous la maintenons ici, par le motif que les actes faits à personne ou domicile emportent la franchise, attendu que le dernier jour fait partie du délai qui doit courir tout entier en faveur de la partie qui a intérêt à faire une signification, tandis qu'aucun motif, ainsi qu'il résulte des observations faites dans notre *Analyse*, ne pourrait justifier l'augmentation qui, comme nous l'avons dit en traitant la question précitée, d'après un arrêt du 8 août 1809, ne pouvait être accordée qu'à celle à qui l'on notifie un acte quelconque.

Concluons donc que le délai pour signifier un acte à personne ou domicile est franc, à moins que la loi n'ait fait exception en se servant du mot *dans* (*intrà*), comme le délai pour comparaître ou agir en conformité de cet acte, mais que l'augmentation à raison de la distance n'est accordée que dans ce dernier cas.

[[Comme on le voit par ces explications, M. Carré reproduit sa distinction entre le délai accordé pour faire un acte, et le délai pour y obtempérer, auquel seul, en vertu de sa première opinion, doit s'appliquer la disposition de l'art. 1033. Il abandonne cette distinction, quant à la franchise; il la maintient, quant à l'augmentation à raison des distances.

Cette dernière théorie soulève d'abord les questions suivantes:

La distinction de M. Carré est-elle fondée sur la loi? Insuffisante, de son propre aveu, pour montrer quand il y a ou non lieu à la franchise du délai, résout-elle plus complétement la difficulté, en ce qui concerne l'augmentation à raison des distances?

Et la négative sur ce point entraîne nécessairement la question que nous nous sommes proposée en tête de ce numéro : A quels caractères reconnait-on qu'un délai est franc et susceptible d'une augmentation complémentaire?

Telles sont les difficultés qui se présentent à notre examen, et qu'il est d'autant plus nécessaire de traiter ici que, sur toutes les questions de détail qui en impliquaient la solution, nous avons, pour éviter des répétitions inutiles ou des décisions incomplètes, renvoyé à l'art. 1033 et à la question 3410 en particulier, sauf en matière de saisie immobilière, où, pour des motifs que l'on conçoit facilement, nous avons, sous la *Quest.* 2313, t. 5, p. 519, tracé des notions régulatrices qui embrassent et éclairent toutes les dispositions de cette procédure si compliquée.

I. La distinction de M. Carré est-elle fondée sur la loi?

L'affirmative ne nous paraît pas douteuse : « Le jour de la signification ni

celui de l'échéance, dit l'art. 1033, ne sont jamais comptés pour le délai général fixé pour les actes faits à personne ou domicile. » Il résulte incontestablement de ces expressions que l'article n'entend parler que des délais dont le point de départ est un acte fait à personne ou domicile, et des délais donnés à la partie à laquelle l'acte est fait, puisqu'ils courent dans l'intervalle du jour de la *signification* à celui de l'*échéance*.

Voilà donc le seul cas pour lequel l'art. 1033 a entendu statuer; quant au délai accordé à une partie pour faire un acte, quant au temps pendant lequel, dans certaines occasions, il lui est au contraire défendu d'y procéder, sa disposition est muette ; le législateur ne s'explique pas.

II. Faut-il conclure de là que l'art. 1033 leur est inapplicable? Faut-il, comme l'avait d'abord fait M. Carré, décider que la franchise, l'augmentation à raison des distances ont toujours lieu dans la première hypothèse, jamais dans la seconde? Est-ce une distinction que la loi a prétendu faire, et son silence, dans un cas, doit il être considéré comme une exclusion des faveurs qu'elle confère dans l'autre?

Ce serait là, il faut le dire, une règle bien arbitraire et aussi difficile à justifier par la raison que par la loi.

En ce qui concerne la franchise du délai, M. Carré a rappelé lui-même l'exemple qui l'a déterminé à abandonner sa distinction sur ce point; il serait facile d'en citer beaucoup d'autres : des délais accordés pour faire un acte, qui sont francs; d'autres établis pour y obtempérer, qui ne le sont pas.

Il est inutile de rapporter ici ce que l'on trouvera dans la suite de cette discussion.

En ce qui concerne l'augmentation à raison des distances, la distinction n'est pas moins arbitraire, et la raison que M. Carré donne pour la justifier est sans force. Il est bien des délais non francs, susceptibles pourtant de cette augmentation, et lorsqu'une partie est tenue de faire un acte à la personne ou au domicile de son adversaire, qui ne voit qu'il est de l'intéret meme de celui-ci que l'augmentation ait lieu ?

De meme, aux termes de l'art. 261, celui qui poursuit une enquête doit assigner sa partie à y comparaître, trois jours au moins avant l'audition des témoins. C'est là assurément un délai pour *faire*, qui rentre par conséquent dans la seconde branche de la distinction de M. Carré : Eh bien! la jurisprudence la plus récente a constaté, et M. Carré reconnaît lui-meme, *Quest.* 1020 (t. 2, p. 567), qu'il doit etre augmenté à raison de la distance du domicile de la partie assignée, au lieu où se poursuit l'enquete ; nous pourrions multiplier les exemples.

Les précisions de M. Carré sont donc insuffisantes de tous points pour établir, d'une manière précise et rationnelle, où commence, où finit l'utilité tant de la franchise que du complément de délais, en dehors du cas prévu par l'art. 1033. La règle même de cet article souffre des dérogations assez nombreuses, mais que la jurisprudence qui les a créées n'a pas fondées sur des principes invariables.

C'est donc ici le lieu d'examiner et de résoudre notre troisième question :

III. A quels caractères reconnaît-on que le délai est franc, et qu'il doit être augmenté à raison des distances?

Tout *délai*, dans le sens véritable de ce mot, suppose un point de départ (1),

(1) [Nous ne parlons pas ici de quelques cas où ce point de départ est en quelque sorte rétrospectif : « Trois jours au plus tard *avant* la publication, dit l'art. 694, le poursuivant, etc. » Il est clair qu'il n'y a pas alors de jour *à quo*.]

lequel, en matière de procédure, se confond avec un jugement, une signification, un acte quelconque. La partie qui jouit d'un droit ordinaire est maîtresse de son action, maîtresse de son temps; nulle déchéance ne résulte contre elle de l'époque à laquelle il lui convient d'agir, sauf celle qui résulte de la prescription ou de la péremption.

Il est de principe, aujourd'hui constant, que le jour de cet acte, point de départ du délai, ne fait pas partie du délai lui-même; de là, dans toutes les hypothèses imaginables, la franchise du jour *à quo*. Voy. *Quest.* 2313, et, comme afférentes, les *Quest.* 652, 2558 *bis*, etc. On trouvera aussi dans le livre de M. SOUQUET, *Dictionnaire des temps légaux*, *introduction*, n°s 71 à 84, des renseignements utiles et des citations nombreuses sur ce point.

La cause *rationnelle* de la franchise du jour *ad quem*, dans certains cas, n'est pas facile à trouver. On peut même à la rigueur se demander ce que signifient ces expressions de la loi : *Le jour de l'échéance n'est jamais compté pour le délai général*, etc. Est-ce que le dernier jour ne fait point partie du terme? Est-ce qu'il est possible de l'en détacher? Comment d'ailleurs conclure de là que nulle obligation n'est imposée en ce jour, à peine de déchéance? etc.

Mais tout s'explique, en remontant à la pensée du législateur.

Il existe deux sortes de délais : Les uns sont donnés à la partie pour qu'elle ait, dans l'intervalle, les moyens de mûrir sa volonté, de se tracer une marche, de réunir les éléments de sa défense, de comparaître en justice.

Les autres sont prescrits par la loi pour l'exécution de certains actes, obligatoires ou permis.

Les premiers, en un mot, ont pour objet un fait postérieur à leur échéance; les autres, un fait qui doit s'accomplir pendant leur durée (1). Ceux-ci sont accordés indifféremment aux deux parties, soit pour faire, soit pour empêcher, mais le plus souvent à peine de déchéance. Ceux-là sont établis en faveur de la partie attaquée, pour qu'après leur expiration, certains actes soient faits par elle, ou permis à l'autre.

Là est le principe rationnel de solution; car lorsqu'un délai a pour objet un fait obligatoire, seulement après sa fin, il doit évidemment être plein et entier, ce que l'on est convenu d'appeler *franc* : mais, au contraire, s'il est établi pour forcer une partie à agir *pendant* sa durée, il impliquerait contradiction que l'on pût agir encore après, et que les limites tracées par la loi fussent reculées même d'un seul jour.

Il ne reste plus qu'à faire l'application de cette règle aux diverses hypothèses prévues par le Code de procédure. Nous allons ici rapidement parcourir les principales.

Rentrent évidemment dans la première classe :

Le délai des citations en conciliation (art. 51);

Le délai des ajournements devant les juges de paix (art. 5), les tribunaux de première instance (art. 72), les tribunaux de commerce (art. 416), les Cours royales (456);

Le délai donné pour appeler en garantie (175), pour obtenir la reconnais-

---

(1) [Ou pendant la durée desquels un fait est défendu. La raison de décider est la même, *voy.* art. 155, 449, *Quest.* 636 et 1613. Quand la loi dit que l'appel ne pourra être interjeté, que l'execution du jugement de défaut ne pourra être poursuivie *dans la huitaine*, cela s'entend des huit jours qui suivent celui de la signification. La partie pourra donc agir aussitôt qu'ils seront écoulés. *Voy.* en ce sens MERLIN, *Répert.*, v° *Loi*, § 5, n° 9; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 177; PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 22, DALLOZ, t. 1, p. 483; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 686; Cass., 9 nov. 1808; Grenoble, 11 fév. 1813; Caen, 6 mai 1825 (*J. Av.*, t. 3, p. 189; t. 12, p. 490, et t. 30, p. 322; DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.1.598; 4.2.256; 8..272).]

sance d'un écrit (193), pour assigner les témoins et la partie adverse, en matière d'enquête ordinaire ou sommaire, etc. (260, 261, 408);

Le délai après lequel l'avoué qui a pris communication des pièces est tenu de les rétablir (190);

Le délai qui doit s'écouler entre le commandement et la saisie-exécution, et après lequel seulement peut être faite cette saisie : Voy. *Quest.* 1995 (t. 4, p. 675);

Le délai d'intervalle entre la signification du jugement et l'exercice de la contrainte (780);

En matière de saisie immobilière, le délai des insertions dans les journaux (*Quest.* 2351); celui dans lequel doivent être faits les dires qui précèdent la publication du cahier des charges (*Quest.* 2338), et tous autres énumérés dans notre *Quest.* 2313.

Comme on le voit, en disant que le jour de l'échéance n'est pas compris dans le délai, la loi n'a entendu dire autre chose, sinon que la partie assignée n'est point tenue d'agir avant son expiration; que ce n'est qu'après ce laps de temps que l'obligation lui en est imposée. Certainement, sans le respect des anciens brocards de jurisprudence, le législateur se serait exprimé en termes plus exacts.

Peu importe donc, à ce point de vue, l'étendue d'un délai, et la qualité des personnes en faveur desquelles il est établi.

Mais la loi peut elle-même, dans des circonstances particulières, modifier ce principe, quelque équitable qu'il soit. Ainsi, l'art. 329 dispose que la signification des requête et ordonnance, en matière d'interrogatoire sur faits et articles pourra avoir lieu seulement *vingt-quatre heures* avant l'interrogatoire, comme nous l'avons reconnu sous le commentaire CCCXXII (t. 3, p. 173); si, au lieu d'heures, l'exploit donnait un jour, les principes communs reprendraient leur empire; il faudrait laisser à la partie un jour *franc*.

C'est maintenant l'occasion d'examiner si les délais d'appel rentrent dans cette catégorie.

Mais d'abord, pour éviter une confusion dans laquelle sont tombées quelques Cours, examinons quels sont ces délais d'appel.

Il en est de trois sortes : le délai dans lequel la partie qui entend poursuivre l'exécution du jugement est tenue de le signifier à son adversaire; le délai dans lequel ce dernier doit interjeter appel; enfin le délai d'assignation devant les juges du dernier ressort.

La première hypothèse rentre évidemment dans celle où la partie est libre d'agir quand elle le juge convenable, sauf péremption ou prescription de son droit; la troisième, dans les délais après lesquels on est tenu d'agir, par conséquent dans la première branche de notre distinction; mais la seconde supposant un point de départ qui est la signification du jugement, et un terme dont l'expiration emporte déchéance, on devrait conclure de là ce nous semble, que le délai est un de ceux pendant la durée desquels un fait doit être accompli, ce qui exclut l'idée de franchise.

C'est aussi en ce sens que la jurisprudence s'est prononcée, en ce qui concerne les appels des jugements d'ordre (*Quest.* 2586 *ter*), de référé (*Quest.* 2776 *ter*), d'incident sur saisie immobilière, de demandes en distraction (*Quest.* 2424 *bis* et 2313), de distribution par contribution (*Quest.* 2193), des sentences de juges de paix, l'appel devant le conseil d'État (décret du 22 juill. 1806, art. 11), etc.

Mais, par une contradiction assez étrange, cette jurisprudence est plus unanime encore pour reconnaître que le délai ordinaire de trois mois est franc, et que, par conséquent, le lendemain de son échéance, l'appel peut encore être interjeté. Voy. *Quest.* 1551. Telle est aussi l'opinion de MM. Berriat Saint-Prix, p. 417; Poncet, t. 1, p. 520; Merlin, *Répert.* t. 15, v° *Appel*, sect. 1,

§ 1 et 5, nº 14; FAVARD DE LANGLADE, t. 1, p. 170; TALANDIER, *Traité de l'appel*, nº 166; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 672; BOITARD, t. 3, p. 504. Voy. aussi le *Dictionn. des temps légaux* de M. SOUQUET, *Introd.*, chap. V, sect. VII, nºs 250 à 255, p. 42 à 44.

Les raisons données à l'appui de cette décision montrent bien l'erreur dans laquelle sont tombés les auteurs et la jurisprudence.

Les uns, Pau, 20 mars 1810, Cass., 15 juin 1814 (*J. Av.*, t. 3, p. 91; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.2.333; 4.1.583), confondant le délai de trois mois pour interjeter appel, avec le laps de huitaine pour assigner l'intimé, se fondent sur ce que le point du départ est un *ajournement* à personne ou domicile, ce qui ferait rentrer ce cas dans la disposition de l'art. 1033!...

Les autres, Turin, 2 oct. 1811, et 10 déc. de la même année (*J. Av.*, t. 3, p. 91; DEVILL., *Collect. nouv.*, 3.2.572; 591), par une erreur non moins manifeste, décident que le délai de trois mois est un temps *pendant lequel* les parties peuvent se dispenser de relever appel, qu'elles ne doivent par conséquent être tenues d'agir qu'après son échéance!!...

Des décisions plus récentes, Cass., 22 juin 1813; 4 août 1814; 9 juill. 1817 (*J. Av.*, t. 3, p. 91), et 4 déc. 1822, t. 24, p. 351); Metz, 17 nov. 1826 (*ibid.*, t. 34, p. 355); Poitiers, 7 janv. 1829 (*ibid.*, t. 36, p. 124); Riom, 9 janv. 1830 (*J. Av.*, t. 43, p. 435); Lyon, 25 juin 1831 (*J. P.*, 3ᵉ éd., t. 23, p. 1710); Bruxelles, 9 nov. 1835 (*Journ.* de cette Cour, 1835.2.511), se fondent sur ce que l'art. 1033 est une disposition générale à laquelle rien ne prouve que les délais d'appel soient soustraits; mais puisque cette disposition ne statue et ne peut statuer que pour les délais après lesquels une partie est tenue d'agir, n'est-il pas évident que l'argument tombe de lui-même? Qui ne voit d'ailleurs qu'il s'appliquerait aux délais d'appel, en matière d'ordre, de référé, etc.?

Enfin on invoque les termes de l'art. 443, portant que le délai est *de trois mois*, et qu'il court *à partir de la signification, etc.*, à la différence des cas où il est dit : que l'appel des jugements d'ordre ne sera pas reçu, *s'il n'est pas interjeté* DANS *les dix jours* (763); qu'il ne sera pas recevable, dans les référés, *s'il a été interjeté* APRÈS *la quinzaine* (809); que l'opposition ne sera recevable *que pendant huitaine* (157); que la requête civile sera signifiée *dans les trois mois etc., etc.*; Bordeaux, 7 août et 21 août 1829 (*J. Av.*, t. 37, p. 310); même Cour, 4 fév. 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 50).

Si jamais on a pu s'élever avec raison contre les abus d'une interprétation judaïque, c'est bien assurément dans ce cas : la loi du 24 août 1790 portait, art. 5 : « Nul appel d'un jugement contradictoire ne pourra être signifié *après* l'expiration des trois mois à dater de la signification, etc. » L'art. 443 reproduit cette disposition, en termes différents, il est vrai, mais son intention est certainement la même. Lorsque la loi ouvre une voie de recours aux parties, n'est-ce pas pour qu'elles en profitent dans le délai qui leur est imparti? Ce qui est vrai de l'opposition, de la requête civile, etc., ne l'est-il pas de l'appel? ce qui est vrai de l'appel, dans tous les cas autres que celui de l'art. 443, ne l'est-il pas également de celui-ci? Quel serait le motif de cette bizarre dérogation? Les termes ne sont plus aussi formels; mais la raison de décider l'est-elle moins? Sous quelque rapport que nous envisagions cette jurisprudence, elle ne nous paraît présenter qu'erreur et équivoque.

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 9, est, à notre connaissance, le seul auteur qui se soit élevé contre la franchise du délai. Les premiers arrêts se prononçaient aussi en général dans ce sens : *Voy.* Turin, 19 mai 1806; 10 mars 1809; 25 juill. de la même année; Bruxelles, 3 juin 1807 et 9 fév. 1808; Riom, 4 août 1814; Grenoble (*J. Av.*, t. 3, p. 91), Paris, 21 août 1821 (*J. Av.*, t. 24, p. 351; DEVILL., *Collect. nouv.*, 2.2. 147; 253; 344; 3.2.107). La jurisprudence de la

Cour de cassation est venue donner une fausse direction à l'interprétation de la loi.

Du reste, en ce qui concerne les autres voies de recours, l'opposition ordinaire (*Quest.* 652), ou celle qui est formée devant le juge de paix (*Quest.* 90), la réitération d'opposition (*Voy.* cependant *Quest.* 678, l'opinion contraire de M. Carré), la requête civile (art. 483) (1), il est généralement reconnu que le délai n'est pas franc, et les termes des art. 20, 157, 169, 483, ne laissent aucun doute à cet égard.

Le délai de la péremption, comme celui de la prescription, est de même nature, en ce sens qu'elle peut être demandée en cas de discontinuation de poursuites *pendant* trois ans. On sait d'ailleurs que l'art. 2261, Cod. civ., est ainsi conçu : « La prescription est acquise lorsque le dernier jour du terme est accompli. »

Même décision, en matière de saisie-arrêt, pour le délai de la dénonciation au débiteur saisi (*Quest.* 1945); en matière de distribution par contribution, pour les délais de l'accord entre les créanciers et le saisi (*Quest.* 2161); de la consignation (*Quest.* 2162 *bis*) ; de la production des titres (*Quest.* 2173), etc., etc. (*Voy.* aussi, pour la saisie immobilière, la *Quest.* 2313.)

Il serait facile de continuer cette énumération pour tous les délais du Code de procédure, et de les faire tous rentrer dans l'une ou dans l'autre branche de notre distinction. Il suffit de remarquer que lorsque la loi entend qu'un acte soit fait *dans* le temps qu'elle détermine, elle le dit presque toujours en termes formels et que, lorsqu'elle ne s'exprime pas aussi clairement, son intention se révèle par la nature même de la disposition.

Nous n'avons donc plus maintenant à résoudre que notre seconde question :

A quels caractères reconnaît-on qu'un délai est susceptible d'augmentation à raison des distances ?

Ici la raison de décider est différente. Elle résulte clairement de deux principes qu'il nous suffit de combiner : nous avons dit, au commencement de ces explications, que le point de départ de tout délai est un acte quelconque de procédure.

Il est clair, en premier lieu, que l'augmentation est sans cause, si l'on ne suppose tout un acte à signifier dans un lieu différent, c'est-à-dire, en général, à personne ou domicile ;

Mais dans ce cas même, si le délai ordinaire est assez considérable pour qu'en tenant compte de la distance la plus éloignée, il reste encore assez de temps à la partie pour faire ce que la loi autorise ou prescrit, il n'est pas moins évident que l'augmentation à raison des distances est sans objet, qu'elle ne saurait par conséquent avoir lieu.

Pour point de départ (2), un acte fait à personne ou domicile (3); pour délai, un laps de temps insuffisant sans augmentation ; voilà les conditions de cette faveur. Partout où la loi la prononce, on les rencontre; partout où elle se tait, il faut pour l'accorder les trouver réunies.

Ainsi, ne sont pas susceptibles d'augmentation à raison des distances :

---

(1) [Il faut bien faire une exception pour le pourvoi en cassation, à l'occasion duquel la convention nationale, procédant par voie interprétative, s'est formellement expliquée. *Voy.* M. TARBÉ, *Lois de la Cour de cassation*, p. 111, et le décret du 21 nov 1793; cependant le délai de l'appel devant le conseil d'Etat est de trois mois *non francs*, comme cela est reconnu de tout le monde. Cette anomalie est fort peu rationnelle.]

(2) [Ou pour terme, lorsque le délai est donné pour que l'acte soit fait avant son expiration (*V.* art. 162).]

(3) [Ou à l'avoué constitué dans un autre lieu ; c'est là, on le conçoit, un cas fort rare. *Voy.* cependant notre *Quest.* 1020, sur l'art. 61.]

Le délai ordinaire de l'appel, qui est de trois mois, Bordeaux, 16 fév. 1808; Bourges, 20 mars 1810; Nancy, 2 nov. 1812 (*J. Av.*, t. 3, p. 167); MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 9; PONCET, t. 1, p. 521; TALANDIER, n° 167; THOMINE DESMAZURES, t. 1, p. 672; BOITARD, t. 3, p. 511; SOUQUET *Dict. des Temps légaux*, v° *Introduction*, n° 52, p. 43.

Le délai de la requête civile, qui est de la même étendue (art. 483), et celui de la péremption, qui est beaucoup plus considérable, *Quest.* 1409 *ter;*

Celui du pourvoi en cassation, du moins à l'égard des parties qui résident dans la France continentale (loi 17 nov. 1790, art. 14);

Le délai d'un mois entre la citation en conciliation, et la demande interruptive de prescription (*Quest.* 248);

Les délais accordés par l'art. 73 aux personnes domiciliées hors de la France continentale, et qui ont été calculés sur les distances approximatives : Colmar, 1er août 1812 (*J. Av.*, t. 13, p. 199);

Le délai pour produire, en matière de distribution par contribution, délai que l'art. 660 fixe à un mois : Paris, 30 déc. 1837 (*J. Av.*, t. 59, p. 230); Bordeaux, 7 juin 1839 (*J. Av.*, t. 57, p. 594);

Le délai de 30 à 60 jours qui doit s'écouler, aux termes de l'art. 695, entre la publication du cahier des charges et l'adjudication (V. *Quest.* 2347), etc., etc.

Il faut ranger dans la même classe, bien qu'ils soient de courte durée, mais par cela seul que la loi prend, pour point de départ, une signification à l'avoué:

Le délai pour former opposition aux jugements par défaut rendus contre un avoué; art. 157, *Quest.* 652;

Le délai d'appel des jugements en matière de distribution par contribution (1), conformément à l'opinion de M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 190, et de trois arrêts, l'un, de Paris, 21 mars 1828, cité par M. Carré dans ses cartons; les autres de Caen, 4 mars 1828 (*J. Av.*, t. 37, p. 252), et Bourges, 26 fév. 1830 (*J. Av.*, t. 39, p. 36), et contrairement à celle que M. Carré a développée sous la *Quest.* 2193 (t. 4, p. 865), et que la Cour de Nancy a adoptée le 14 mars 1825 (*J. Av.*, t. 40, p. 105);

Le délai d'appel des jugements d'ordre; l'augmentation à raison des distances, prescrite par l'art. 763, ne concerne que le délai pour signifier l'appel *à personne ou domicile* (*Voy.* notre *Quest.* 2583 *ter*);

Le délai donné aux créanciers pour contredire; art. 755. *Voy.* cependant la *Quest.* 2562, qui porte sur un cas particulier, etc.

Doivent au contraire être augmentés, à raison d'un jour par trois myriamètres (cinq, dans les cas qui rentrent sous l'empire de la loi du 2 juin 1841) :

Le délai ordinaire d'assignation à personne ou domicile; à plus forte raison, les brefs délais, notamment celui de l'assignation devant les tribunaux de commerce; Agen, 6 fév. 1810 (*J. Av.*, t. 15, p. 335); voy. *Introduction*, titre des délais de procédure, art. 72 et *Quest.* 378 *ter*;

Le délai de huitaine, accordé par l'art. 162 pour réitérer opposition, à la partie domiciliée hors du lieu du tribunal qui doit en connaître; voy. *Quest.* 679 et notre opinion conforme;

Le délai d'un jour qui, aux termes de l'art. 583, doit s'écouler entre le commandement et la saisie-exécution : FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 27, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 92; *contrà*, M. CARRÉ, *Quest.* 1996;

Le délai de huit jours, accordé au saisi pour prendre communication du cahier des charges (art. 691);

Le délai d'appel des jugements rendus sur demandes en distraction, lequel

---

(1) [A moins que ce jugement n'ait été signifié à personne ou domicile; voy. *Question* 2196.]

doit être interjeté dans la quinzaine de la signification à personne ou domicile (art. 730);

Le délai de la signification à partie des poursuites sur folle enchère; *Quest.* 2129 *quater*, etc.

De ces principes nous tirerons encore les conséquences suivantes, quelquefois méconnues par la jurisprudence ou la doctrine:

L'art. 1033 supposant nécessairement un acte fait à personne ou domicile, pour point de départ, et un acte à faire par la partie qui le reçoit, *après l'expiration du délai* (car si elle devait le faire *avant*, il n'y aurait plus de franchise), il suit de là que l'augmentation à raison des distances, dans toutes les hypothèses qu'il embrasse, se joint à la franchise du terme, et qu'elle en est en quelque sorte le corollaire.

Dans les autres cas, la raison de l'augmentation étant différente de celle de la franchise, et chacun de ces faits étant considéré sous un point de vue particulier, il ne résulte pas nécessairement, de ce qu'un délai est franc, qu'il doit être augmenté, ou réciproquement;

Enfin, de cela seul que l'art. 1033 ne s'applique pas à un délai, il ne faut pas conclure qu'il n'est pas franc, ni susceptible d'augmentation; c'est aux règles indiquées plus haut que l'on doit se reporter, pour résoudre la question.]]

3411. *Le délai d'une assignation donnée à bref délai, en vertu d'une permission de citer qui n'a point fixé le jour de la comparution, mais qui a seulement autorisé à assigner à un nombre de jours déterminé, par exemple,* A TROIS JOURS, *doit-il comprendre le jour de l'assignation et celui de l'échéance?*

Il n'est pas douteux que, toutes les fois que le juge permet d'ajourner à jour fixe, ce jour fixe est celui de l'échéance, et qu'il faut le compter, d'autant plus que ce délai fixé par le juge n'est plus le délai général déterminé par la loi, et duquel il est parlé dans l'art. 1033.

Mais quand le juge abrége le délai sans ordonner l'assignation à jour fixe, se présente la question ci-dessus posée : *Le délai indiqué par le juge est-il franc?*

On dit, pour la négative, que l'art. 1033, établissant une exception, ne doit pas être étendu hors de son objet, qui est le délai des ajournements ordinaires, ainsi que le prouvent ces expressions, *pour le délai général.*

On objecte, pour l'affirmative, que l'art. 1033 n'admet aucune distinction; que si le juge veut déroger à cet article, il manifeste sa volonté, *en fixant* la comparution à jour déterminé; que s'il ne l'a pas fait, son intention doit être interprétée suivant les principes établis dans l'art. 1033, parce qu'il ne fait qu'abréger le délai ordinaire, sans rien exprimer relativement à l'augmentation accordée par cet article.

Ces observations ont paru fondées à la Cour de Bruxelles, et, par arrêt du 12 juill. 1809 (S. 12.2.365), elle a résolu d'une manière affirmative la question ci-dessus posée, attendu que la permission de citer à bref délai, qui ne contenait pas le jour *fixe* de la comparution, mais qui portait simplement l'autorisation d'assigner *à trois jours*, ne devait comprendre, aux termes de l'art. 1033, ni le jour de l'assignation ni celui de l'échéance; qu'ainsi, suivant cet article, les trois jours devaient être francs. (Voy. *Bibl. du barr.*, 2e part., 3e année, t. 4, p. 352, et nos *Quest.* 1492 et 1494.)

[[Il est incontestable que le juge est toujours maître, selon les circonstances, d'indiquer le jour auquel une partie est tenue de se présenter devant lui, de supprimer, par conséquent, à son égard la franchise du délai d'assignation; tout dépend des termes dont il s'est servi. *Voy.* nos *Quest.* 378 *bis* et 378 *ter*

(t. 1, p. 471); mais dans le doute, la présomption est en faveur de la franchise, conformément aux principes exposés sous la question précédente.]]

3412. *Un exploit, une sommation, ou tout autre acte fait à personne ou à domicile, qui n'indiquerait que le délai général sans énoncer* [[*la franchise ni*]] *l'augmentation à raison des distances, serait-il valable?* [[Quid *de l'assignation à comparaître dans les délais de la loi?*]]

L'art. 1033, qui augmente le délai d'un jour à raison de trois myriamètres, ne prononce point la nullité de l'exploit dans lequel il ne serait pas déclaré que le jour de la signification et celui de l'échéance ne seront point comptés pour le délai général, et que ce délai serait augmenté à raison de la distance.

Or, aux termes de l'art. 1030, aucun exploit ne peut être déclaré nul, si la nullité n'est pas formellement prononcée par la loi.

C'est par ces motifs que la Cour de Rennes, par arrêt du 30 déc. 1808, a déclaré valable un acte d'appel qui contenait seulement assignation à huitaine, délai prescrit par l'art. 72 pour les ajournements, quoiqu'il y eût lieu, dans l'espèce, à l'augmentation accordée par l'art. 1033.

On pourrait objecter que l'art. 61 exigeant que l'exploit d'ajournement indique le délai de la comparution, cet article s'entend du délai fixé par la loi; or, le délai qu'elle fixe pour la comparution se compose du délai général et du délai additionnel que l'art. 1033 accorde à raison des distances.

Mais nous répondons, comme nous l'avons fait sur la *Quest.* 318, que lorsqu'on assigne à huitaine, qui est le délai général, il est entendu qu'on ne compte ni le jour de la signification ni celui de l'échéance; qu'il est entendu de même qu'outre ce délai de huitaine franche, l'assigné a un jour par trois myriamètres de distance, et qu'il doit connaître cette distance aussi bien que celui qui l'assigne : il suffit donc qu'on donne le délai ordinaire de huitaine, et qu'on ne prenne pas défaut avant l'échéance de la huitaine franche, et de tous les jours dus à raison de la distance.

[[Il résulte des explications que nous avons données sous l'art. 61, *Quest.* 314 *bis*, 316, 319 et 321 :

1° Que l'exploit d'ajournement devant, *à peine de nullité*, contenir l'indication du jour où le défendeur est tenu de comparaître, l'inaccomplissement de cette formalité entraîne la nullité de l'acte ;

2° Qu'il doit en être ainsi, et par des raisons identiques, lors même que l'exploit contient assignation aux délais de la loi;

3° Que l'augmentation à raison des distances n'étant pas le délai pour comparaître, mais bien un délai supplémentaire réglé par l'art. 1033, qui ne le prescrit pas à peine de nullité, il n'y a pas lieu de prononcer cette peine.

Il nous suffira ici de renvoyer aux développements dans lesquels nous sommes entré sur ces questions.

A la vérité, ces détails se réfèrent uniquement à la matière des ajournements devant les tribunaux de première instance; mais le délai de comparution étant une des formes substantielles de ces actes, on conçoit, en vertu des principes exposés *suprà*, sous la *Quest.* 3392, que les mêmes règles s'appliquent à toutes les assignations données à personne ou domicile. M. Souquet, dans son *Dictionnaire des temps légaux*, *introduction*, p. 115, n°s 784 à 804, a traité avec beaucoup de soin la section III du chap. VI, intitulée : *Des diverses énonciations du délai de l'ajournement usitées dans les exploits en général, et qui, d'après les auteurs et la jurisprudence, rendent ces exploits valables ou nuls. Manière d'observer et de calculer ce délai.*]]

3413. *Est-il une règle générale qui puisse aider à reconnaître quels sont les cas où il y a lieu à une double augmentation du délai ordinaire pour* VOYAGE OU ENVOI ET RETOUR?

Autrement, *quel est le sens que l'on doit attacher aux mots* VOYAGE OU ENVOI ET RETOUR, *employés dans la dernière disposition de l'art.* 1033?

L'art. 1033 se borne à énoncer en principe général qu'il y a lieu à augmenter du double, c'est-à-dire de deux jours au lieu d'un par trois myriamètres, le délai franc des actes faits à personne ou à domicile, lorsqu'il y a lieu à *voyage ou envoi et retour.*

Mais ce principe présente quelques difficultés dans l'application aux cas particuliers, difficultés qui pourraient être résolues plus facilement, s'il était possible de trouver une règle qui indiquât en général les cas où il y a lieu à *voyage ou envoi et retour.*

Pour y parvenir, il convient de fixer le sens de ces expressions.

Nous ferons observer, en premier lieu, que le mot *voyage* ne nous paraît pas exprimer le déplacement qu'une partie serait obligée d'effectuer pour se transporter d'un lieu à un autre: autrement, il faudrait accorder l'augmentation du double toutes les fois que la loi prescrirait une comparution personnelle.

Or, ce serait évidemment contrarier son intention; car, en donnant un délai pour comparaître, elle n'a dû considérer que le temps nécessaire pour que la partie puisse se transporter.

Si donc il y a lieu à *voyage*, en prenant ce mot dans le sens que nous venons d'indiquer, on n'est obligé d'accorder que la simple augmentation d'un jour par trois myriamètres.

Mais il est des cas dans lesquels une partie est obligée de signifier un acte dans un délai déterminé, et de justifier ensuite de cette signification; alors il est naturel que le délai général soit augmenté à raison des distances, de manière que cette partie ait le temps et d'envoyer cet acte et de le recevoir.

C'est dans ce cas qu'il y a lieu, dans notre opinion, à *voyage ou envoi et retour*, c'est-à-dire que l'on entend ces expressions comme si l'art. 1033 était ainsi conçu: Lorsqu'il y a lieu *à voyage ou envoi et à retour*: en un mot, comme s'il y avait *voyage et retour*, ou *envoi et retour*; *voyage* de l'huissier ou de celui chargé d'aller signifier l'exploit, et *retour* du porteur de l'exploit avec l'original signifié; *envoi* de l'exploit pour être signifié, et *retour* ou *renvoi* de l'original d'exploit signifié. (Voy. *Nouv. Style de* M. LEPAGE, p. 765.)

Cette interprétation de l'art. 1033 nous semble fondée 1° sur la disposition de l'art. 2 du titre 8 de l'Ordonnance, qui voulait que le délai pour appeler garant fût de tout temps nécessaire, selon la distance du lieu de la demeure: c'est le temps donné par notre article pour le voyage ou l'envoi, et d'autant pour *retirer* l'exploit, c'est-à-dire, comme le remarque Jousse, pour se faire *remettre* l'exploit par l'huissier qui l'a posé; c'est le temps donné par le même article pour le *retour;*

2° Sur ce que l'art. 1003 du Projet portait que le délai serait augmenté du double quand il y aurait lieu à *voyage et retour.*

Or, il est évident que l'on n'a intercalé le mot *envoi* qu'afin d'expliquer le mot *voyage*, qui, s'il était resté seul, aurait pu faire supposer que l'augmentation aurait été accordée pour les cas où la loi exigerait la comparution personnelle d'une partie, ce qui n'est pas, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus.

3° Sur ce que, lors de la discussion de ce Projet, la section du Tribunat, comme nous l'apprend M. LOCRÉ, t. 5, p. 11, *Esprit du Code de procédure*, fit sur cette dernière partie de l'article, *et quand il y aura lieu à voyage ou envoi et retour*, les observations suivantes:

« La section a considéré séparément les ajournements et citations, et les « sommations et autres actes.

« Quant aux ajournements, elle a pensé que la disposition serait sans objet. « En effet, en matière d'assignation, le délai est réglé en raison de la distance « du domicile de la partie assignée; cette partie doit jouir du délai ordinaire, « plus d'un jour à raison de trois myriamètres de distance : il n'est donc pas né- « cessaire d'ajouter, en ce qui concerne les ajournements et citations, que l'aug- « mentation sera du double, quand il y aura lieu *à voyage, envoi et retour*; car « alors la partie qui assigne a, pour recevoir l'original de l'assignation, le « même délai que la partie assignée a pour comparaître.

« Pour ce qui concerne les sommations et autres actes, le délai ne se compte « jamais, à l'égard de la partie qui reçoit l'acte, que du jour où il lui est signi- « fié; et alors il lui est donné, outre le délai de la loi, un jour de plus à raison de « trois myriamètres de distance.

« Ce même délai suffit aussi à la partie qui a signifié l'acte pour recevoir « son original. Pourquoi donc déclarer qu'en matière de sommation et autres « actes l'augmentation sera double, quand il y aura lieu à voyage, envoi et « retour?

« *Ce ne serait sans doute que pour donner à la partie qui est chargée de « faire signifier le temps de justifier qu'elle a fait sommation, et pour que la « procédure soit suspendue jusqu'à l'expiration du délai.*

« Mais ce motif ne paraît pas suffisant. Si, pendant le délai donné pour faire « une sommation, l'avoué de la partie qui doit recevoir la sommation se permet « de faire des poursuites, il serait bientôt arrêté par un acte de l'avoué de la « partie chargée par la loi de faire la sommation. »

Par suite de ces observations, la section du Tribunat demandait la suppression de cette partie de l'article. M. Locré nous laisse ignorer les motifs qui la firent maintenir; mais on ne peut plus désormais douter, d'après les observation qui précèdent, que la disposition ayant été maintenue telle qu'elle existe dans l'art. 103 , elle doit s'appliquer à tous les cas où l'on doit faire porter ou envoyer un acte, et justifier ensuite qu'il a été remis; ce qui suppose la nécessité d'un double délai, l'un pour effectuer ce transport ou envoi, l'autre pour que l'original, dont la représentation peut seule fournir la preuve de la remise de l'acte, puisse être *retourné* à la partie(1).

Il est de principe général qu'on doit notifier à personne ou domicile de la partie qui n'a pas d'avoué en cause, les actes dont la signification est ordonnée d'avoué à avoué; et, en ce cas, il y a lieu à augmentation de délai. (Rennes, 1re chambre, 11 janv. 1813.)

[[L'interprétation donnée par M. Carré aux dernières expressions de l'art. 1033 a été adoptée par MM. BOITARD, t. 3, p. 514, et SOUQUET, *dictionn. des Temps légaux, introd.*, n° 96, p. 18; mais, quelques efforts que nous ayons faits pour la comprendre, nous avouons qu'elle n'a pu nous satisfaire; bien plus, qu'il nous a été impossible, aussi bien qu'à la section du Tribunat, de

(1) Par exemple, dans l'espèce d'une action incidente en garantie. « Un homme domicilié à Caen, dit M. THOMINE, p. 386, « est assigné pour comparaître devant un « tribunal de Paris; il faudra joindre à la « huitaine franche, que la loi lui accorde « pour se présenter, autant de jours qu'il y « a de fois trois myriamètres entre Caen et « Paris; de plus, si l'homme de Caen est « obligé d'appeler un homme de Bordeaux « en garantie, il lui faut le temps d'aller ou « d'envoyer remettre l'assignation et le « temps pour revenir. Le délai des distances, « pour *justifier* de cette assignation (avant « que le demandeur principal puisse obtenir « jugement contre lui) doit être double ».

De même la dénonciation de la saisie-arrêt au saisi avec demande en validité (art. 368), admet encore une augmentation du double pour *voyage ou renvoi et retour*. (*Voy.* PIGEAU, t. 2, p. 55).

trouver une application quelconque à la double augmentation de délai pour *voyage ou envoi et retour.*

A prendre ces mots dans leur acception la plus naturelle, il semble que le délai supplémentaire d'un jour par trois myriamètres soit accordé par la loi à raison de la distance qui sépare celui qui envoie la pièce de celui qui la reçoit, et que, lorsque ce dernier a besoin de la franchir lui-même pour faire un acte ou comparaître devant le tribunal du lieu où il est cité, l'augmentation doive être double; mais alors, comme toute assignation et, en général, tout acte fait à personne ou domicile, a pour objet de faire comparaître la partie assignée devant le tribunal saisi, il résulterait de là qu'elle devrait toujours entraîner une augmentation, non d'*un* jour, mais de *deux* jours à raison de trois myriamètres, ce qui est complétement inadmissible, et n'a jamais été soutenu.

Un principe élémentaire, c'est que l'augmentation à raison des distances est établie en faveur, non des deux parties, mais du défendeur seulement. Lorsque celui-ci, selon la règle commune, est assigné devant le tribunal de son domicile, pas de délai supplémentaire, résultant de l'éloignement du demandeur. Si la cause est portée devant un autre tribunal, le délai ordinaire de huitaine est le seul que prescrive la loi, en quelque lieu que se trouve le domicile de la partie assignée; le délai supplémentaire ne commence que pour laisser à cette dernière le temps d'arriver et de comparaitre ou de faire les actes qu'exige le soin de ses intérêts.

Cette économie si simple, si claire, si incontestable, d'après laquelle se sont suivis tous les procès intentés depuis la promulgation de nos Codes, serait-elle ruinée par deux mots ambigus de l'art. 1033? Encore une fois, c'est ce qu'on n'a jamais soutenu.

Mais alors revient, plus embarrassante que jamais, notre question : Que signifie la dernière disposition de l'art. 1033?

Il est des cas, dit M. Carré, et répètent après lui tous les auteurs, où une partie est obligée de signifier un acte dans un délai déterminé et de *justifier* ensuite de cette signification : c'est à ceux-là que notre disposition s'applique. Mais nous répondrons avec les paroles du Tribunat, citées par M. Carré lui-même : « Le délai est réglé en raison de la distance du domicile de la partie assignée; dès lors, la partie qui assigne a, pour recevoir l'original de la citation, le même délai que la partie assignée a pour comparaître »; et, d'ailleurs, ajouterons-nous, on n'est pas obligé de justifier d'un envoi de pièces par la représentation de l'original, car cette preuve serait souvent impossible.

Pour compliquer une difficulté qui présentait d'elle-même sa solution, on a supposé que la partie assignée avait besoin, à son tour, d'appeler un tiers domicilié dans un autre lieu; mais qui ne voit qu'en vertu des règles ordinaires, celui-ci jouit de l'augmentation d'un jour par trois myriamètres de distance; que, tant que ce délai ne sera pas écoulé, nulle justification ne pourra être exigée de la part du défendeur qui prétend l'avoir mis en cause, et qu'ainsi il n'est nullement besoin d'avoir recours à la dernière disposition de l'art. 1033 pour régulariser la marche à suivre dans ce cas?....

De son application, au contraire, résulterait une règle absurde, exorbitante : comment entendrait-on la double augmentation prescrite? Serait-ce celle du délai imparti au défendeur? Mais c'est un tiers qui est appelé; c'est par rapport à son domicile qu'il faut calculer la distance : toute autre computation est impossible !... Il faudra donc donner à ce tiers le double du temps dont jouit le défendeur lui-même. Dans quel intérêt, pour quels motifs cette dérogation à une règle élémentaire, ou, pour mieux dire, cette inégalité de conditions entre deux défendeurs, ces complications de procédure qui en seraient l'inévitable résultat? La pratique a pris le parti le plus simple à la fois et le plus sage, celui de ne tenir aucun compte de l'augmentation du double, dans la plupart des

cas où les auteurs enseignent qu'elle a lieu, et c'est là une condamnation bien énergique de leur doctrine ; le seul exemple, peut-être, de parties qui refusent une faveur légale, qui négligent un supplément de délai.

Ces prémisses posées, parcourons rapidement les exemples que l'on donne.

1° *Mise en cause d'un garant :* voy. *Comm.* CXXXIII, t. 2, p. 253. Le délai pour l'assigner doit, dit-on, être augmenté du double; nous répondrons à cette décision par les termes mêmes de l'art. 175 : « Celui qui prétendra avoir le droit d'appeler en garantie sera tenu de le faire dans la huitaine... outre *un* jour par trois myriamètres », et non *deux* jours. L'économie de la loi est, d'ailleurs, manifeste : une partie est citée devant un tribunal ; l'augmentation ordinaire à raison des distances lui est accordée. Devenant demanderesse à son tour, elle met en cause un tiers : faveur égale pour celui-ci ; égale, disons-nous, mais non pas plus considérable.

On objecte que l'assigné est tenu de *justifier* de sa demande en garantie. Nous répondrons encore, avec l'art. 179 : « Il ne sera pris aucun défaut contre le défendeur, lorsqu'avant l'expiration du délai, il aura *déclaré* qu'il a formé sa demande en garantie. »

Ainsi, une déclaration suffit! Et quand le défendeur sera-t-il tenu de justifier de son action récursoire? L'art. 179 le dit également : « après l'échéance du délai pour appeler le garant », c'est-à-dire à l'époque où ce dernier devra se présenter s'il est assigné; comment se fera cette preuve? M. Carré nous l'enseigne dans son commentaire CXXXVII : « par la représentation de la copie », ce qui est parfaitement exact. Ainsi, bien qu'en ce moment l'original puisse être de retour, il n'est même pas besoin de le produire; donc il n'y a pas lieu à *retour*, et la disposition à ce relative est inapplicable; elle ne viendra pas gêner une procédure prompte et facile.

2° *Dénonciation de la saisie-arrêt avec demande en validité :* encore une marche simple et que l'on veut compliquer. Dans la huitaine de la saisie, dénonciation de cet acte et demande en validité à l'encontre de la partie saisie, avec augmentation à raison des distances: 1° du domicile du tiers saisi à celui du saisissant; 2° du domicile du saisissant à celui de la partie saisie ; dans la huitaine suivante, sauf augmentation proportionnelle, dénonciation de la demande en validité au tiers saisi (art. 563 et 564). Où voit-on, dans ces dispositions, qu'il y ait lieu à retour? A raison de quoi établirait-on la double augmentation? C'est ce qu'il nous est impossible de deviner : la jurisprudence semble n'avoir pas été plus heureuse que nous.

3° *Assignation à la partie, au domicile de son avoué, pour comparaître à l'enquête* (261). Quelques Cours ont vu là un aller et un retour nécessitant une double augmentation. Voy. *Quest.* 1020 (1). Elles se sont fondées sur ce que l'avoué doit envoyer à la partie les pièces signifiées, et sur ce que celle-ci est mise en mesure de répondre. Mais c'est retomber dans l'erreur que nous avons déjà signalée au commencement de cette discussion. En toute signification, il faut que la pièce aille directement, ou par la voie de l'avoué, à celui contre qui elle est dirigée; il faut de plus que ce dernier ait le temps de paraître. Etablira-t-on pour cela deux délais *complémentaires?* Nous avons déjà remarqué qu'il n'y en a qu'un seul, celui qui court en faveur de la partie assignée. Le temps nécessaire à l'*aller* de l'acte se prend sur le délai ordinaire. En matière d'enquête, la raison de décider est exactement la même; s'il fallait un double supplément dans ce cas, il le faudrait dans tous les autres.

4° *Délai de la surenchère*, établi par l'art. 2185 du Code civil. Nous avons

---

(1) [A M. BONCENNE, qui est cité au même endroit, dans le sens de cette opinion, ajoutez MM. BILLEQUIN, *J. Av.*, t. 61, p. 639, et SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, v° *Enquête*, 149e tab., 5e col., n° 55.]

déjà décidé qu'il n'y a pas lieu, dans ce cas, à l'application de la dernière disposition de l'art. 1033, et la jurisprudence est fixée en ce sens. *Voy.* notre *Quest.* 2460, t. 5, p. 841. Le délai de deux jours par cinq myriamètres comprend évidemment l'aller et le retour.

Nous devons donc revenir à l'aveu de notre impuissance pour expliquer cette disposition, et surtout pour l'appliquer. La section du Tribunat disait « qu'il y avait nécessité de supprimer la dernière partie de l'article. » Puisqu'elle a survécu à ces observations, nous dirons seulement qu'il y a impossibilité d'en faire usage.]]

3414. *Doit-on accorder l'augmentation d'un jour pour une distance moindre de trois myriamètres ?*

Cette question est traitée avec tous les développements dont elle est susceptible, t. 1, *Quest.* 21.

[[Nous avons au même endroit donné une solution conforme. *V.* aussi notre *Quest.* 1945 *ter.* Cependant la difficulté ayant acquis plus d'importance, par suite de deux arrêts récents de la Cour de cassation, nous croyons qu'il est utile d'entrer ici dans quelques nouveaux développements.

Il existe, en outre de la disposition de l'art. 1033, à laquelle se réfèrent tous les délais du Code de procédure (la loi du 2 juin 1841 a changé le nombre de myriamètres sans modifier le principe), il existe, disons-nous, trois règles ou, si l'on veut, trois dérogations principales, résultant des art. 1, 2185, Cod. civ., et 165, Cod. comm.

Le premier établit que le délai dans lequel la promulgation des lois est réputée connue est d'un jour franc, dans le département de la résidence royale, et dans les autres, du même délai augmenté d'autant de jours *qu'il y a de fois dix myriamètres* entre le lieu de la promulgation et le chef lieu du département.

Le second dispose que la surenchère sera signifiée dans quarante jours, *en y ajoutant deux jours par cinq myriamètres de distance* du domicile élu au domicile réel de chaque créancier.

Enfin, d'après l'art. 165, Cod. comm., le délai de la citation qu'il établit est de quinze jours, lorsque la partie réside dans la distance de cinq myriamètres, *augmenté d'un jour par deux myriamètres et demi d'excédant*, si elle est domiciliée plus loin.

La question de savoir s'il y a lieu à augmentation pour fraction de myriamètre s'est présentée dans ces trois cas. Les termes de l'art. 1er, Cod. civ., entendus à la rigueur, sembleraient impliquer la négative. Cependant la Cour de cassation, les 15, 16, 23 avril et 31 mars 1841 (*J. P.*, 3e éd., t. 23, p. 1455. et 1460), se fondant sur des raisons de justice que nous représenterons nous-même tout à l'heure, a reconnu qu'il y a lieu à augmentation d'un jour pour une distance moindre de dix myriamètres, et la jurisprudence, fondée sur quatre arrêts successifs paraît en cela bien arrêtée.

Même décision en ce qui concerne le délai de la surenchère; Bordeaux, 27 nov. 1829 (*J. Av.*, t. 38, p. 300).

Dans le cas de l'art. 165, Cod. comm., la question a été encore résolue dans ce sens par deux arrêts de Bordeaux, l'un cité déjà sous la *Quest.* 21, l'autre en date du 5 juill. 1835 (*J. Av.*, t. 49, p. 619).

La raison de décider semblerait devoir être la même, quant aux délais ordinaires de procédure : néanmoins la controverse est très vive à cet égard ; les auteurs sont partagés (1) et la jurisprudence paraît pencher vers la négative,

---

(1) [A ceux que nous avons cités au nº 21, ajoutez, en faveur de l'affirmative, MM. Dalloz, *Dict.*, vº *Exploit*, nº 710 ; Troplong, *Hyp.*, nº 933, et Boncenne, t. 2, p. 30, et en sens contraire, MM. Boitard, t. 3, p. 510, et Souquet, *Dict. des temps légaux*, *Introduction*, nº 97.]

par arrêts de Poitiers, 29 avril 1831 (*J. Av.*, t. 42, p. 246); Limoges, 15 fév. 1837 (*J. Av.*, t. 53, p. 634), et de Cass., 10 déc. 1839 (*J. P.*, 1840, t. 1, p. 247); 14 août 1840 (*J. Av.*, t. 59, p. 581), sur le fondement que la distance de trois myriamètres doit être considérée comme l'unité de la loi, et que cette règle, applicable à toute distance moindre, doit gouverner les distances supérieures, mais qui, après avoir atteint l'*unité*, laisseraient en dehors une fraction.

Nous reconnaissons, avec les Cours de Besançon, 25 mai 1812, et de Riom, 8 janv. 1824 (*J. Av.*, t. 13, p. 189 et 288), que, pour qu'il y ait lieu à augmentation de délai, il faut qu'il existe une première distance de trois myriamètres, et c'est ce que dit l'art. 1033. Cela vient de ce que le délai ordinaire, fixé à un certain nombre de jours, comprend toute distance moindre, et qu'il est assez étendu pour qu'on puisse ne tenir aucun compte de cette fraction; mais, une fois les trois myriamètres atteints, il faut bien se guider d'après une règle différente; car, en posant ce chiffre, la loi est présumée avoir mesuré tout le chemin que peut faire un acte dans un jour, et, dès lors, comment y faire entrer, sans injustice, une fraction nouvelle, s'élevant, par exemple, à deux myriamètres et demi?

La force de cet argument n'est peut-être pas aussi frappante qu'elle devrait l'être, parce qu'en fait la proportion, établie à une époque où les voies de communication étaient moins nombreuses et moins rapides, a cessé aujourd'hui d'être exacte; mais ce n'est pas une raison pour la méconnaître, tant qu'elle n'aura pas été fixée sur d'autres bases. Supposons qu'une loi nouvelle intervienne, qui prenne pour *unité*, au lieu de trois, cinq myriamètres (c'est ce qu'a fait la loi du 2 juin 1841). Soutiendra-t-on que, pour une distance de neuf myriamètres, par exemple, l'augmentation est d'un seul jour? Admettez une proportion encore plus exacte, et l'injustice et même l'*illégalité* seront plus manifestes, car la loi donne un jour pour trois ou cinq, et non pour neuf myriamètres!

On a donc confondu la règle établie pour la première distance par les art. 1033, Cod. proc. civ., 165, Cod. de comm., etc., et celle qui régit les distances suivantes. A leur égard, la loi se tait; mais l'équité parle, et, dans le doute, nous croyons qu'il faut s'attacher à l'interprétation la plus favorable, à celle que suit la Cour de cassation elle-même dans l'application de l'art. 1er, Cod. civ., dont les termes résistent pourtant à cette distinction. *Voy.* dans le *Dictionn. des Temps légaux* de M. SOUQUET, v° *Lois*, 337e et 338e tableau, des observations importantes et curieuses sur les inexactitudes qui ont existé et qui existent encore dans le tableau des distances annexé à l'arrêté du 25 therm. an XI, pour l'exécution de l'art. 1er, Cod. civ., des calculs et d'autres documents précieux dus aux investigations du savant auteur de la *Métrologie française.*]]

3415. *Comment se calculent les délais fixés à un certain nombre de mois, de jours ou d'heures?*

De ce que nous avons dit sur les *Quest.* 1555 et 2352, il résulte que, dans les cas où la loi détermine un délai par mois, on ne doit point calculer ce délai à raison d'une révolution uniforme de trente jours, mais le composer du temps variable qui s'écoule entre le quantième d'un mois et le quantième du mois suivant.

Si le délai est fixé à un certain nombre de jours déterminé, il est incontestable que la computation doit s'en faire de jour à jour, et non d'heure à heure. Au contraire, lorsque le délai est fixé à un certain nombre d'heures, on ne peut le calculer de jour à jour : vainement dirait-on que vingt-quatre heures, par exemple, s'entendent du jour naturel, en sorte que l'on ne devrait pas compter les heures de nuit: la Cour de cassation a rejeté ce système, par arrêt du 5 jan-

vier 1809, rapporté par SIREY, t. 9, p. 131. (Voy. *Nouv. Répert.*, au mot *Jour*, t. 6, p. 318 et suiv., et notre *Quest.* 400.)

[[Ces diverses solutions sont incontestables. Voy. *Quest.* 1555, t. 3, p. 594. *Voy.* dans l'Introduction du *Dictionnaire des Temps légaux* de M. SOUQUET, nos 3 et suiv., comment cet auteur calcule ces délais, quand il s'agit de jours proprement dits, de jours bissextiles, de jours complémentaires, de jours fériés, etc.]]

[[**3415** bis. *Les actes de procédure qui doivent être déposés au greffe sont-ils réputés faits dans le délai légal, lorsqu'ils sont présentés le dernier jour, après l'heure où les bureaux sont fermés?*

L'art. 1033 ne fait aucune distinction; toutes les heures, tous les moments du délai courent utilement pour l'exécution des actes. Il semble donc que l'affirmative ne doive pas souffrir de difficulté.

Toutefois, il faut remarquer que le décret du 30 mars 1808, art. 90, et le règlement du 15 janv. 1826, art. 78, fixent le temps pendant lequel sont ouverts les greffes, tant des tribunaux civils et d'appel que de la Cour de cassation, ce qui a donné lieu à la question de savoir si le dépôt peut avoir lieu à des heures différentes.

Nous avons, sous le n° 2566, cité plusieurs arrêts qui décident que les décrets ont voulu seulement fixer le *minimum* du temps de l'ouverture des greffes, et non défendre de les ouvrir en aucun cas, après ce délai, et que, par suite, l'acte est recevable à tous les instants du jour. L'opinion contraire résulte d'un arrêt de cassation du 6 avril 1842 (*J. Av.*, t. 62, p. 353), rendu, chambres réunies, sur les conclusions conformes de M. le procureur général Dupin.

Il n'est pas impossible de concilier ces décisions, si l'on considère que ce dernier arrêt n'a entendu juger autre chose, sinon que le greffier n'est pas astreint à rester dans ses bureaux pendant la nuit, ni même pendant un temps plus long que celui que portent les ordonnances; que, d'un autre côté, il n'a pas le droit de déplacer les registres et de les transporter chez lui; qu'ainsi, il n'est pas *tenu* de recevoir un pourvoi dont l'inscription est requise à une heure indue.

Ces considérations nous paraissent sans réplique, bien que, peut-être, un peu rigoureuses; mais si le greffier consent à recevoir l'inscription ou le dépôt présenté avant la fin du jour, il n'est point douteux pour nous qu'il ne lui soit permis de le faire, et que, moyennant son consentement, l'acte doive être réputé accompli en temps utile; car il résulte seulement des décrets fixant les heures de bureaux que le fonctionnaire ne peut être, à tous les moments du jour, assujetti aux devoirs de son ministère, et un surcroît de zèle ou de complaisance de sa part ne saurait assurément lui être interdit; c'est donc à tort qu'en rapportant le dernier arrêt de Cassation, M. SOUQUET, *Dictionn. des Temps légaux*, v° *Greffier*, 242e tabl., 5e col., n° 2, en tire la conséquence que le pourvoi présenté après la fermeture légale du greffe a pu et dû être refusé.]]

3416. *Tous les jours autres que ceux des termes sont-ils continus et utiles pour faire courir les délais?*

Oui, et par conséquent les jours de fêtes et de vacations comptent dans le délai. L'ordonnance de 1667 contenait à cet égard, dans l'art. 7 du titre 3, une disposition formelle, qui, pour n'avoir pas été répétée par le Code, n'en est pas moins applicable comme principe de jurisprudence.

[[Nulle difficulté ne s'élève aujourd'hui à cet égard; *voy.* M. SOUQUET, *Dictionn. des Temps légaux*, introduction, n° 85.

Pour le cas où le délai viendrait à échéance un jour férié, voy. la *Quest.* 651 *bis*, t. 2, p. 77.]]

Art. 1034. Les sommations pour être présent aux rapports d'experts, ainsi que les assignations données en vertu de jugement de jonction, indiqueront seulement le lieu, le jour et l'heure de la première vacation ou de la première audience ; elles n'auront pas besoin d'être réitérées, quoique la vacation ou l'audience ait été continuée à un autre jour.

Cod. proc. civ., art. 315.

[Question traitée : Lorsqu'une cause est remise ou continuée à tel jour d'audience, doit-on donner une nouvelle assignation, s'il n'y a pas de jonction ? *Q.* 3417.]

DCXVIII. Comme nous l'avons fait remarquer dans notre introduction générale, toute l'économie du Code tend à simplifier la procédure, à diminuer les frais, à éviter les longueurs, à détruire un grand nombre d'abus qui s'étaient introduits sous le règne de l'ancienne jurisprudence. C'est dans cette vue qu'il n'a permis que les assignations et actes qui sont absolument nécessaires pour constituer les parties en demeure et leur procurer une légitime défense. Or, cette nécessité n'existait point dans les cas prévus par l'art. 1034.

3417. *Lorsqu'une cause est remise ou continuée à tel jour d'audience, doit-on donner une nouvelle assignation, s'il n'y a pas de jonction?*

On croirait facilement que cette question pourrait être résolue pour l'affirmative, si l'on se tenait strictement au texte de l'art. 1034. En effet, la disposition par laquelle cet article dispense de réitérer l'assignation, lorsque l'audience aurait été continuée, ne se rapporte qu'au cas où la première assignation a été donnée en vertu de jugement de jonction. Mais la nécessité de hâter la décision et d'économiser les frais, a introduit un usage d'après lequel tout jugement qui remet ou continue la cause est considéré comme un avertissement suffisant pour toutes les parties, en sorte que l'on ne réitère les assignations en aucun cas, pas même dans celui où quelques-unes des parties laisseraient défaut : on remarquera d'ailleurs que les jugements de remises ou de continuation ne sont pas expédiés.

[[De cet usage, qui est général et conforme à l'esprit de la loi, M. Thomine Desmazures, t. 2, p. 698, conclut avec raison que les renvois du juge-commissaire à un autre jour ou à l'audience, en matière d'ordre, de distribution par contribution, ne doivent pas être signifiés ; que le débiteur appelé (sous l'ancienne loi) à la première publication de ses immeubles saisis, n'avait plus besoin d'avertissement pour les publications et jugements postérieurs, etc, etc.]]

Art. 1035. Quand il s'agira de recevoir un serment, une caution, de procéder à une enquête, à un interrogatoire sur faits et articles, de nommer des experts, et généralement de faire une opération quelconque en vertu d'un jugement, et que les parties ou les lieux contentieux seront trop éloignés, les juges pourront commettre un tribunal voisin, un juge, ou même un juge de paix, suivant l'exigence des cas ; ils pourront même autoriser un tribunal à nommer, soit un

de ses membres, soit un juge de paix, pour procéder aux opérations ordonnées (1).

Cod. proc. civ., art. 155, 305, 326, 517. — [Locré, t. 23, p. 417, n° 18.

QUESTIONS TRAITÉES : La commission doit-elle être décernée par le jugement même qui ordonne l'opération? 3418. — Lorsqu'un tribunal a commis un juge étranger pour procéder à une enquête, des témoins domiciliés au lieu où siége ce tribunal peuvent-ils lui demander à être entendus par un commissaire pris dans son sein, et non par le juge étranger devant lequel ils auraient été assignés? *Q.* 3419. — Le tribunal ou le juge commis pourraient-ils refuser de remplir le mandat qui leur est confié? *Q.* 3419 *bis*. — Le greffier du tribunal commis doit-il envoyer la minute ou seulement une expédition au tribunal commettant? *Q.* 3419 *ter* (2).]

DCXIX. La disposition de l'article ci-dessus est encore une suite de l'intention bien manifeste du législateur d'éviter les lenteurs et les frais. Il est à remarquer que les cas prévus par cet article sont les seuls dans lesquels les tribunaux puissent aujourd'hui faire une sorte de désignation de leur pouvoir juridictionnel (3).

3418. *La commission doit-elle être décernée par le jugement même qui ordonne l'opération?*

Oui; ainsi l'art. 1035 abroge l'ancienne forme des *commissions rogatoires*. Cependant l'art. 16, Cod. comm., paraît la conserver entre les tribunaux de commerce.

[[L'observation de M. Carré est juste; mais nous ne voyons pas pourquoi la commission devrait être nécessairement décernée dans le jugement qui ordonne l'opération; cette forme est sans doute plus convenable, mais rien n'autorise à penser qu'elle soit de rigueur. Il est même tel cas où il deviendrait impossible de la suivre, si, par exemple, la partie, présente lors du jugement, s'éloignait ensuite, et qu'elle se trouvât retenue à une certaine distance par une maladie, ou toute autre cause impliquant nécessité de commettre un juge étranger. Peu importe donc, ce nous semble, que la décision judiciaire, contenant cette commission, soit celle même qui ordonne l'acte, ou qu'elle n'intervienne qu'après. Il suffit qu'elle émane des magistrats compétents et qu'elle soit rendue dans les formes légales pour que l'exécution ne puisse en être entravée.]]

3419. *Lorsqu'un tribunal a commis un juge étranger pour procéder à une enquête, des témoins domiciliés au lieu où siége ce tribunal peuvent-ils lui demander à être entendus par un commissaire pris dans son sein, et non par le juge étranger devant lequel ils auraient été assignés?*

Une semblable demande a été faite à l'un des présidents de la Cour royale de Rennes, comme juge de référé, par deux témoins, dont l'un était retenu en cette ville pour l'exercice de fonctions publiques, l'autre par des affaires dont il était chargé comme avocat. Sur leur requête, tendant à être dispensés de comparaître devant le juge commis dans un département voisin, M. le président a décidé qu'ils seraient entendus par lui-même.

---

(1) [Sur la plupart des questions que soulève cet article, voy. *Quest.* 171 *bis*, t. 1, p. 182, et sous l'art. 155, les *Questions* 984 *bis* à 988 *ter*, t. 2, p. 512.]

(2) **JURISPRUDENCE.**

[Nous pensons que :

Les tribunaux ont toujours la faculté de révoquer les commissions qu'ils ont décernées pour des actes d'instruction, si elles n'ont pas reçu un commencement d'exécution. Rennes, 2 avril 1810 (*J. Av.*, t. 11, p. 82).]

(3) *V.* notre *Traité des lois d'organisation et de compétence*, liv. 2, tit. 3.

Il a considéré que le juge étranger n'avait été commis pour faire l'enquête que comme délégué de la Cour, et que cette délégation n'avait pu avoir pour objet des témoins domiciliés au chef lieu du ressort de cette Cour.

En cette circonstance, les témoins prirent avec raison la précaution de signifier l'ordonnance qui fixait le jour de leur audition, 1° à la partie, pour qu'elle pût être présente; 2° au juge étranger, dans la personne du greffier, afin de prévenir la condamnation à l'amende que la loi prononce contre le témoin défaillant. D'un autre côté, M. le président avait fixé le jour de l'audition à une époque assez éloignée pour que la partie pût y assister. (Ordonn. de M. le président de la troisième chambre, du 18 avril 1812.)

[[C'est aussi l'avis de M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 700, et le nôtre : Du reste cette question fait de tous points double emploi avec la *Quest.* 988, t. 2, p. 516.]]

[[**3419** bis. *Le tribunal ou le juge commis pourraient-ils refuser de remplir le mandat qui leur est confié?*

L'art. 1035 autorise implicitement le tribunal désigné à commettre à son tour un de ses membres ou même un juge de paix pour procéder à l'acte requis. MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 745, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 699, enseignent également et avec raison que le président qui serait nommé peut se faire remplacer par un juge, et il ne nous paraît pas moins incontestable que si un juge avait des raisons légitimes pour s'abstenir, l'opération pourrait être faite par un de ses collègues, désigné par le tribunal ou volontairement accepté. Mais ce sont là des circonstances particulières, qui ne changent rien, en elle-même, à l'obligation imposée aux tribunaux de s'acquitter d'un devoir indispensable, et dont ils pourront à leur tour réclamer l'accomplissement dans l'intérêt de leurs justiciables.

Deux exceptions seulement à cette règle résultent de nos explications sur la *Quest.* 988 *bis*, t. 2, p.516 :

Lorsque le juge est désigné pour remplir des fonctions à raison desquelles il est essentiellement incompétent;

Lorsqu'il est commis pour procéder hors du ressort de sa juridiction.]]

[[**3419** ter. *Le greffier du tribunal commis doit-il envoyer la minute ou seulement une expédition au tribunal commettant?*

M. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 745, résout cette question au moyen d'une distinction : « Le greffier doit, dit cet auteur, envoyer la minute, s'il s'agit d'une enquête, d'un interrogatoire, d'un rapport d'experts, ou de toute autre opération où la vue de la minute peut jeter plus de jour sur l'affaire. Il doit envoyer une expédition seulement, s'il s'agit d'un serment, d'une réception de caution, d'une nomination d'experts, etc., où la vue de la minute est indifférente à la décision du juge. »

Il nous paraît plus exact et plus conforme aux véritables principes de décider que, le tribunal commis ne remplissant pas son propre office, la minute doit être dans tous les cas envoyée au tribunal commettant, qui est censé avoir fait lui-même l'acte en question. (*Voy* notre *Quest.* 171 *bis.*)]]

ART. 1036. Les tribunaux, suivant la gravité des circonstances, pourront, dans les causes dont ils seront saisis, prononcer, même d'office, des injonctions, supprimer des écrits, les déclarer calomnieux, et ordonner l'impression et l'affiche de leurs jugements.

Règl. du 30 mars 1808, art. 102. — Cod. d'instr. crim., art. 501 et suiv. — Cod. proc. civ., art. 88 et suiv., [339 et suiv. — Loi du 27 mai 1819. — Notre Dict. gén. de proc. civ., v° *Ressort*, n°s 289, 395 et 424.— Locré, t. 23, p. 396, n° 5, et p. 446, n° 18.

QUESTIONS TRAITÉES : Les juges devraient-ils ordonner la suppression d'un écrit, par cela seul qu'il contiendrait des faits offensants et injurieux pour les juges ou les parties? *Q.* 3419 *quater*. — Les juges peuvent-ils ordonner incidemment la suppression d'un mémoire injurieux répandu dans le public, sans avoir été signifié à la partie ni distribué aux juges? *Q.* 3420. — Celui qui est étranger à une contestation a-t-il le droit d'y intervenir pour demander la suppression des mémoires que les parties ont publiés, et dans lesquels il prétend avoir été injurié? *Q.* 3421. — La partie qui a obtenu gain de cause peut elle faire afficher le jugement sans autorisation expresse, ou le faire afficher en un nombre d'exemplaires plus considérable que celui qui a été déterminé par les juges, et, en général, lui donner une publicité quelconque, plus étendue que celle de l'audience? *Q.* 3421 *bis* (1).]

DCXX. Le premier devoir du justiciable est de respecter les magistrats : ils sont délégués par le roi ; ils le représentent en quelque sorte, puisqu'ils rendent la justice en son nom. A ce titre, toute atteinte portée à leur dignité doit être promptement et sévèrement réprimée.

Ainsi, lorsque les passions dominent les plaideurs, lorsqu'eux-mêmes ou leurs défenseurs sortent des bornes légitimes de la défense, et, oubliant le respect qu'ils doivent aux organes de la loi, recourent à la calomnie et à la diffamation, dans la vue de rendre leurs adversaires odieux, le magistrat peut user, et il le doit faire avec une inflexible sévérité, du pouvoir dont l'investit l'art. 1036.

[[**3419** quater. *Les juges devraient-ils ordonner la suppression d'un écrit, par cela seul qu'il contiendrait des faits offensants et injurieux pour les juges ou les parties ?*

Non, certainement. L'art. 1036 donne seulement aux magistrats une faculté qu'ils doivent concilier avec les besoins de la défense et les exigences de la position de celui qui a publié l'écrit incriminé. Ainsi la Cour de Rennes, 7 janvier 1811 (*J. P.*, 3e éd., t. 9, p. 12), a jugé avec raison que le failli, appelant du jugement qui a refusé d'homologuer son concordat et de l'admettre à la réhabilitation, peut, *si les faits sont prouvés*, dire, écrire et plaider que le jugement attaqué présente des énonciations fausses, des erreurs manifestes, des marques d'injustice et de préventions, sans qu'il y ait lieu de supprimer sa requête et sa défense comme injurieuse pour les premiers juges. Il doit *à fortiori* en être de même, lorsque c'est la partie seule qui est attaquée.

Il en est des écrits comme des plaidoiries orales, où la plus grande latitude est nécessairement laissée aux défenseurs, pour tous les faits qui se rattachent essentiellement à la cause, et sans la connaissance desquels la défense demeurerait incomplète.]]

3420. *Les juges peuvent-ils ordonner incidemment la suppression d'un mémoire injurieux répandu dans le public sans avoir été signifié à la partie* [[*ni distribué aux juges*]]?

L'affirmative de cette question résulte d'un arrêt de la Cour de cassation,

---

(1) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° Après la prestation d'un serment sur des faits énoncés dans un mémoire, le tribunal peut ordonner la suppression du mémoire, comme injurieux. Tribunal de la Seine, 15 avril 1826 (*Gaz. des Trib.* du 18) ;

2° La suppression d'un mémoire peut être ordonnée, quoiqu'il ne soit signé que de la partie, s'il contient des passages injurieux pour le ministère public. Rennes, 26 janv. 1836 (*J. Av.*, t. 49, p. 495);

3° La Cour de cassation peut supprimer tout mémoire qui contient des expressions injurieuses pour les juges qui ont rendu l'arrêt attaqué, et pour les parties. Cass., 11 janv. et 17 mars 1808 (*J. Av.*, t. 18, p. 523) ;

4° La partie qui se croit offensée par la plaidoirie d'un avocat ne peut pas demander que cette plaidoirie soit déposée au greffe du tribunal devant lequel elle a été prononcée. Bordeaux, 18 nov. 1828 (*J. Av.*, t. 36, p. 140).]

section des requêtes, du 22 novembre 1809. (Voy. *Sirey*, t. 10, p. 88, *J. C. S.*, t. 1, p. 415.) On peut ajouter un arrêt de la Cour de Rennes du 20 juin 1810. (Voy. *Journ. des arrêts de cette Cour*, t. 1, p. 247.) Mais il est entendu que le mémoire ne peut être supprimé de la sorte qu'autant qu'il est relatif à l'affaire dont les juges sont saisis.

[[L'arrêt précité de Cassation est loin d'avoir résolu la question en termes bien formels; il se borne à constater que, dans l'espèce, la suppression du mémoire non signifié avait été requise par le ministère public, aussi bien que par les parties elles-mêmes; et, qu'en prononçant cette peine, la Cour royale s'était conformée à la disposition de l'art. 1036: du reste, la doctrine qui résulte implicitement de cet arrêt a été enseignée par MM. PIGEAU, *Comm.*, t. 2, p. 717, et THOMINE-DESMAZURES, t. 2, p. 701.

Au contraire, les Cours de Bordeaux, 6 juillet 1829; la Cour de cassation et la Cour de Rouen, 7 mars 1835 (*J. Av.*, t. 48, p. 181), ont jugé que l'on ne peut ordonner la suppression d'un mémoire qui n'a été ni signifié, ni distribué aux magistrats, et qui ne fait point partie des pièces du procès.

Cette dernière opinion nous paraît mieux fondée : un mémoire, un écrit, qui n'a point été signifié aux parties ni distribué aux juges, n'est pas, à vrai dire, un acte de la cause, bien que la cause qui s'agite lui ait donné naissance. S'il est offensant et calomnieux, c'est par la voie ordinaire, par celle de l'action en diffamation, que la répression en devra être poursuivie. Il ne faut pas oublier que le pouvoir attribué aux juges par l'art. 10 6 a quelque chose d'exorbitant, puisqu'il leur permet de statuer par voie incidente, sans préliminaire de conciliation, souvent sans que l'affaire ait subi l'épreuve d'un premier degré de juridiction. Ce pouvoir se justifie par la connaissance personnelle qu'ont les juges et de l'affaire et du prétendu délit ; c'est là aussi ce que veulent dire les expressions de l'article : *dans les causes dont ils seront saisis.* Mais, quant aux écrits étrangers, il n'y a pas de raison, ce nous semble, pour les soustraire aux règles ordinaires de poursuites. *Voy.* également la discussion du conseil d'État, rapportée par LOCRÉ, t. 23, p. 396, nº 5.

La solution doit *à fortiori* être la même, lorsque l'écrit a été produit devant une autre juridiction; voy. *J. Av.*, t. 50, p. 203, les observations de notre honorable ami, M. Billequin, après la sentence attaquée dans l'affaire *Porquet*.]]

3421. *Celui qui est étranger à une contestation a-t-il le droit d'y intervenir pour demander la suppression des mémoires que les parties ont publiés, et dans lesquels il prétend avoir été injurié?*

Non. (Voy. *Quest.* 433.)

[[La question est traitée, avec tous les développements qu'elle comporte, sous le nº 1270 *quater*, t. 3, p. 206. *Voy.* aussi nos explications sur la *Quest.* 432, t. 1, p. 527.]]

[[**3421** bis. *La partie qui a obtenu gain de cause peut-elle faire afficher le jugement sans autorisation expresse, ou le faire afficher en un nombre d'exemplaires plus considérable que celui qui a été déterminé par les juges, et, en général, lui donner une publicité quelconque plus étendue que celle de l'audience?*

La négative sur tous ces points a été admise par la Cour de Paris, les 1er juin 1831 (*J. P.*, 3e éd., t. 23, p. 1612) et 23 fév. 1839 (*J. P.*, 1839.1.328). Les espèces dans lesquelles ont été rendus ces arrêts en justifient facilement la rigueur. Des porteurs de brevets d'invention qui se plaignaient de préjudices

que la contrefaçon leur avait occasionnés, non contents de la condamnation obtenue contre leurs adversaires, avaient jugé à propos de la signaler au public par des affiches dont le nombre et la dimension constituaient, contre la partie condamnée, un préjudice d'un autre genre, mais tout aussi réel. Dans ces circonstances, la Cour de Paris a décidé avec raison qu'une telle publicité n'était rien moins qu'une pénalité nouvelle et arbitraire, par conséquent un fait illégal entraînant la suppression des affiches, et même, selon la gravité des circonstances, des dommages-intérêts envers la partie.

Comme il est facile de s'en convaincre par ce seul exposé, la solution de la difficulté dépend toujours, jusqu'à un certain point, de l'appréciation des faits spéciaux à chaque cause ; voici les seules règles qui nous paraissent admissibles à cet égard :

En ce qui concerne la publicité par la voie des journaux, comme elle est censée émaner, non de la partie elle-même, mais de leurs rédacteurs, qui tiennent des lois constitutionnelles le droit de publier les débats judiciaires comme tous les autres faits, elle ne pourrait évidemment être interdite, encore moins être imputée à ceux qui ont figuré au procès ; peut être cependant, en vertu des principes admis par la Cour de Paris, faudrait-il distinguer entre la publication qui se trouve dans le corps du journal, et celle des annonces qu'y font insérer les particuliers, dans une page à ce destinée, et moyennant un prix convenu. Mais cette précision n'a pas été indiquée, et, en présence de la responsabilité qui pèse sur le gérant, à raison de tout le contenu de la feuille, elle ne serait probablement pas admise par les tribunaux, à moins qu'il n'y eût abus et désir manifestes de nuire par suite d'une publicité continue.

Quant à l'énonciation d'un jugement dans des mémoires judiciaires, il ne nous paraît pas qu'en principe elle doive entraîner une répression quelconque contre leurs auteurs. La Cour de Paris n'a décidé le contraire, dans son arrêt de 1831, que parce que cette publication avait eu lieu dans une intention évidente de nuire, non justifiée d'ailleurs par un intérêt pressant.

L'affiche du jugement, effectuée sans une autorisation formelle du tribunal ou de la Cour, constitue évidemment un fait illégal, une extension de pénalité non admise par les juges ; l'affiche à un plus grand nombre d'exemplaires que celui qui a été déterminé par le jugement n'est pas en lui-même un acte aussi répréhensible, et certainement si la partie qui a obtenu gain de cause n'avait excédé que de quelques exemplaires la quantité prescrite, s'il paraissait au juge qu'elle n'a pas agi dans l'intention de nuire, les frais de cet excédant, restant d'ailleurs à sa charge, nulle autre condamnation ne devrait être prononcée contre elle. L'appréciation des faits est donc souveraine dans cette seconde espèce ; dans la première, elle sert à déterminer s'il y a lieu à des dommages-intérêts, et à fixer la quotité de ces dommages. *Voy.* sur l'impression et l'affiche des jugements, M. SOUQUET, *Dictionnaire des temps légaux*, v° *Jugement*, 297e tabl., 3e et 4e col.]]

ART. 1037. Aucune signification ni exécution ne pourra être faite, depuis le 1er octobre jusqu'au 31 mars, avant six heures du matin et après six heures du soir ; et depuis le 1er avril jusqu'au 30 septembre, avant quatre heures du matin et après neuf heures du soir ; non plus que les jours de fête légale, si ce n'est en vertu de permission du juge, dans le cas où il y aurait péril en la demeure.

Décret du 4 août 1806. — Cod. proc. civ., art. 63, 781, 828. — [Notre Dict. gén. de proc. civ., v° *Jour férié* et les renvois. — Arm. Dalloz, *eod. verb.* — Devilleneuve, *eod. verb.* — Locré, t. 23, p. 428, n° 12, et p. 446, n° 19.

QUESTIONS TRAITÉES : Peut-on, en vertu de la permission du juge, faire des significations aux heures prohibées? *Q*. 3422. — Quelles sont les fêtes comprises sous ces expressions : *fêtes légales*? *Q*. 3423. — Les dispositions de l'art 1037 s'appliquent-elles à tous les actes de la juridiction contentieuse, et, en cas d'affirmative, la confection de l'acte peut-elle être remise au lendemain du jour férié auquel expirerait le délai ? *Q*. 3424. — Le même art. 1037 s'applique-t-il à des actes que la loi ou le juge prescrit de faire dans certaines instances, mais qui entrent dans les attributions d'experts ou d'agents administratifs? *Q*. 3425. — La prohibition portée par l'art. 1037 de faire aucune signification soit un jour férié, soit avant ou après les heures qu'il détermine, emporte-t-elle nullité de celles qui seraient faites hors de ces limites ? *Q*. 3426.]

DXXI. La nature a consacré les heures de nuit au repos : la loi devait empêcher de le troubler par des provocations judiciaires et des inquisitions domiciliaires; elle interdit ainsi à la justice même l'entrée pendant la nuit de la demeure des citoyens. Autrefois, il n'était permis d'exploiter qu'entre deux soleils, c'est-à-dire depuis le soleil levant jusqu'au soleil couchant ; mais cette désignation de deux extrémités du jour et de la nuit par le lever et le coucher du soleil manquait de précision. L'article ci-dessus fait disparaître toute difficulté, en les déterminant d'une manière plus fixe par l'indication même des heures.

D'un autre côté, le même respect pour le repos des citoyens, auquel sont consacrés les jours de fête légale, dut faire interdire pendant le jour, comme pendant la nuit, les significations et exécutions. Il était d'ailleurs dans l'ordre des convenances morales et politiques que, par ces actes souvent affligeants, aucun individu ne pût être troublé dans la part qu'il prend à l'allégresse publique ou dans l'accomplissement des devoirs de son culte.

A la vérité, le cas de péril imminent exigeait quelques exceptions; mais tel a été le scrupule du législateur, que ces exceptions mêmes ne peuvent être appliquées qu'en vertu de permission du magistrat.

3422. *Peut-on, en vertu de la permission du juge, faire des significations aux heures prohibées?*

Ces mots de la loi, *si ce n'est en vertu de permission du juge*, etc., ne s'appliquent qu'à la prohibition de faire des significations et exécutions *les jours de fête légale*, et non pas à la première partie de l'article, qui regarde les heures du jour. Ainsi, en hiver, on ne pourrait pas obtenir la permission de saisir-exécuter ou de saisir-gager *avant six heures du matin*, ou après *six heures du soir*, parce que de semblables exécutions ne peuvent se faire qu'en jour dans le domicile des citoyens, et qu'il est expressément défendu par les lois d'y entrer pendant *la nuit*. L'art. 1037, en fixant les heures du jour, règle le temps de nuit. Celui chez lequel on se présenterait pour faire une exécution avant l'heure permise pourrait donc refuser à l'huissier l'entrée de sa maison, et, dans ce cas, l'officier ministériel ne serait point autorisé à recourir au juge de paix ou au maire du lieu. (Art. 587; *voy.* art. 184, Cod. pén.) Mais en attendant l'heure, l'huissier pourrait prendre la précaution qu'autorise l'art. 587, pour empêcher tout divertissement d'effets.

[[Cette dernière précision est critiquée par M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 704. Mais évidemment M. Carré n'a voulu dire autre chose, sinon que l'huissier pourrait établir gardien aux portes, s'il jugeait cette précaution nécessaire, ce qui nous semble incontestable. Du reste, la solution de la question est approuvée par cet auteur, et par MM. BERRIAT SAINT-PRIX, p. 144, note 33, et BOITARD, t. 3, p. 515; elle nous paraît exacte, quoique M. PIGEAU, *Comm.*, t. 1, p. 173, enseigne qu'avec la permission du juge un exploit peut être signifié la nuit. Nous pensons qu'effectivement l'intention de la loi a été d'appliquer à la dernière disposition de l'article seulement l'exception résultant de la permission du juge; la conséquence que M. Carré tire de cette opi-

nion nous paraît bien fondée. Mais si l'exploit était signifié ou la poursuite accomplie sans résistance, il ne faudrait pas en prononcer la nullité. *Voy.* sur ce point la *Quest.* 3426.]]

3423. *Quelles sont les fêtes comprises sous ces expressions,* FÊTES LÉGALES?

Ce sont, en première ligne, les dimanches et les fêtes religieuses conservées par les articles organiques de la Convention du 26 mess. an IX, tit. 3, du culte, et qui sont l'Ascension, l'Assomption, la Toussaint et Noël.

Nous pensons même, et notre opinion est fondée sur celle du conseiller d'État Galli (*voy.* discours contenant l'*Exposé des motifs*, édit. de F. Didot, p. 358), que l'art. 1037 s'applique à toute fête que la nation célébrerait, *par ordre du gouvernement*, à l'occasion d'un grand événement, encore que cette fête ne fût pas établie à perpétuité.

« Cette expression de *fêtes légales*, dit M. le conseiller d'État, nous rappelle une espèce de fêtes bien connues chez les Romains sous le nom de « *feriæ repentinæ*, ainsi appelées parce qu'elles étaient du moment. » Des succès brillants, une victoire remportée, les faisaient éclore, *pro re notâ indicebantur putà ob res prosperè gestas.* Le droit d'ordonner ces féries était réservé au prince seul, *undè etiam imperiales dictæ.*

On sait que le 1er janvier a été conservé comme fête de famille; que les tribunaux et Cours ont, ce jour, vacance, conformément à un arrêté de l'ancien gouvernement.

C'est par ce motif que le conseil d'Etat, par un avis du 13 mars 1810, approuvé le 20, a déclaré que ce jour était un jour *férié légal*, dans le sens de l'art. 162 du Code de commerce, et qu'ainsi les protêts d'effets échus le 31 décembre devaient être retardés jusqu'au 2 janvier.

Si maintenant on remarque que cet article porte que, si le jour de l'échéance était un jour *férié légal*, le protêt est fait le jour suivant, on reconnaîtra que la décision du conseil d'État doit être étendue aux significations et exécutions, quelles qu'elles soient; que conséquemment on ne peut y procéder le 1er janvier, car il impliquerait que ce jour fût considéré comme *légalement férié* dans un cas et non dans les autres, quoiqu'il n'existât aucun motif de faire cette distinction, à laquelle répugnent évidemment les considérants de l'avis du conseil d'Etat.

[[Telle est aussi, et avec raison, l'opinion de MM. THOMINE-DESMAZURES, t. 2, p. 706, et BOITARD, t. 3, p. 515; aux fêtes énumérées ci-dessus, ce dernier auteur ajoute les trois Journées de juillet; M. DALLOZ, *dict.*, v° *jour férié*, nos 35 et 36, y comprend aussi ces trois Journées et, de plus, le jour de la fête du roi, que M. Boitard en exclut; MM. MASSABIAU, *Manuel du Procureur du roi*, t. 1, p. 145, et SOUQUET, *dictionn. des Temps légaux*, *introduction*, n° 20, les rejettent également du nombre des fêtes légales, et nous croyons ce dernier avis bien fondé. Rien, évidemment, ni dans l'usage, ni même dans les ordonnances qui prescrivaient la célébration de ces fêtes, n'interdit la faculté de signifier ces jours-là toutes sortes d'exploits : il en serait ainsi, à plus forte raison, malgré les citations excentriques de M. le conseiller d'État Galli, des jours de réjouissances publiques. *V.* notre *Quest.* 2639 bis.

La loi du 16 janvier 1816 avait ajouté au nombre des fêtes légales le 21 janvier, jour anniversaire de la mort de Louis XVI. Cette loi a été abrogée par celle du 26 janvier 1833.]]

3424. *Les dispositions de l'art.* 1037 *s'appliquent-elles à tous les actes de la juridiction contentieuse; et, en cas d'affirmative, la confection de l'acte peut-elle être remise au lendemain du jour férié auquel expirerait le délai?*

[[Nous avons rapporté le texte de l'opinion de M. CARRÉ, accompagné de nos observations, t. 2, p. 77, *Quest.* 651 bis.]]

3425. *Le même art.* 1037 *s'applique-t-il à des actes que la loi ou le juge prescrit de faire dans certaines instances, mais qui entrent dans les attributions d'experts ou d'agents administratifs?*

La négative a été jugée, ainsi que nous l'avons dit t. 5, p. 473, dans le cas particulier d'une transcription de saisie, faite un jour de dimanche sur le registre du conservateur des hypothèques. Nous avons ajouté que M. Huet critiquait cette décision et pensait que la saisie devait être annulée.

Il se fonde sur les art. 1 et 2 de la loi du 17 thermidor an VI, l'arrêté du gouvernement du 7 thermidor an VIII, le concordat de l'an X (1801), l'art. 57 du décret organique du 18 germinal, même année, l'art. 781 du Code de procédure, qui défend d'exercer la contrainte un jour de fête légale, et, enfin, sur la loi formelle du 18 nov. 1814, qui prescrit la stricte observation du jour des fêtes religieuses.

Nous croyons devoir faire une distinction qui nous semble concilier les opinions qui ont été émises sur cette question.

Ou l'acte émane d'un fonctionnaire public proprement dit, c'est-à-dire d'un homme institué par la loi pour appliquer ses dispositions avec autorité, comme délégué du souverain; tels sont les magistrats dans l'ordre judiciaire et les personnes chargées dans les différentes localités d'une portion de l'administration générale, tels que les préfets, les sous-préfets, les maires, les conseils de préfecture et les conseils municipaux: nous ajoutons les notaires, parce que leurs actes sont exécutoires comme des jugements.

Ou il s'agit d'un acte du ministère d'un simple agent, comme un conservateur des hypothèques, un préposé de l'enregistrement.

Dans le premier cas, l'acte est nul parce que le législateur, ayant reconnu et déclaré que le culte catholique est celui de l'État, ne peut être présumé avoir entendu que les fonctionnaires chargés de l'application de la loi, et qui, sous ce rapport, représentent le prince dans l'exercice d'une portion du pouvoir exécutif, pussent donner l'exemple de la contravention à un précepte de cette religion.

Dans le second cas, l'agent n'exerçant point son ministère directement comme délégué du prince, et n'ayant par lui-même aucune autorité coërcitive, peut profiter des jours fériés comme des jours de repos, où il est autorisé à refuser de remplir ses fonctions; mais, s'il n'entend pas user de cette faveur, il n'existe aucun motif pour annuler l'acte qu'il aura bien voulu faire (1). Ainsi nous maintenons tout à la fois et la décision rapportée ci-dessus, et ce que nous avons établi, t. 2, p. 79, note 1, en ce qui concerne l'acte de clôture du procès-verbal d'ordre, puisqu'il est le fait d'un juge et non d'un simple agent ou préposé d'administration.

Nous ferons néanmoins remarquer que, par arrêt du 8 germ. an X, la Cour

---

(1) Au surplus, pour prévenir toute difficulté à ce sujet, relativement aux transcriptions hypothécaires, il a été défendu, par une circulaire ministérielle, d'ouvrir les bureaux d'enregistrement pendant les jours fériés.

de Rennes a annulé un procès-verbal de prisage fait par des experts un jour de fête légale ; mais les motifs de cette décision sont en faveur de notre opinion : la Cour n'a point annulé par la considération que les experts ne pouvaient procéder un jour férié, mais, attendu qu'en donnant citation à une partie, afin d'assister à l'expertise, c'était la contraindre à prendre part à une opération à laquelle elle était libre de ne pas concourir ce jour-là ; que la citation étant nulle par ce motif, le procès-verbal devait l'être également.

La loi du 18 nov. 1814, sur laquelle M. Huet insiste particulièrement, n'a pour objet que des mesures de police, relativement aux *travaux ordinaires et extérieurs, etc.*

[[La solution donnée à la question suivante, et d'après laquelle l'inobservation de l'art. 1037 n'emporte jamais la nullité des actes faits un jour férié, ôte toute importance à la distinction de M. Carré, qui admet la nullité dans un cas et la validité dans l'autre. Nous ferons cependant observer que la règle qui interdit toute signification et exécution pendant ce temps, règle fondée sur l'observance des prescriptions religieuses, qui concerne toutes les classes de la société, s'applique aussi bien aux simples particuliers qu'aux fonctionnaires publics, et qu'il ne faut pas être *délégué du prince*, suivant les expressions de M. Carré, pour être obligé de respecter la religion.]]

3426. *La prohibition portée par l'art.* 1037 *de faire aucune signification, soit un jour férié, soit avant ou après les heures qu'il détermine, emporte-t-elle nullité de celles qui seraient faites hors de ces limites ?*

M. Berriat Saint-Prix, p. 144, cite un arrêt rendu en 1584 par le Parlement de Paris, qui annula un exploit fait pendant la nuit ; mais la Cour suprême, arrêt du 29 janv. 1819 (S. t. 20, p. 55, et *J. Av.*, t. 13, p. 267) a considéré que l'art. 1037, en disposant qu'aucune signification ne peut être faite à certaines heures, n'attache pas cependant la peine de nullité à l'inobservation de cette disposition ; que, suivant l'art. 1030 du même Code, aucun acte de procédure ne peut être annulé que dans les cas pour lesquels la nullité en est formellement prononcée par la loi ; et, par ces motifs, elle a rejeté le pourvoi contre un jugement du tribunal de commerce de Romorantin, qui avait refusé d'ordonner la preuve testimoniale offerte pour prouver qu'un protêt avait été signifié après six heures du soir.

Ce fait, lit-on dans le dispositif de l'arrêt, en le supposant prouvé, *n'aurait pas entraîné* la nullité du protêt.

Quel que soit le préjugé qui résulte de cette décision, nous ne pouvons l'admettre comme ayant fait une juste application de l'art. 1030.

Cet article, dans notre opinion, n'est relatif qu'aux contraventions à des dispositions législatives concernant les formalités des actes, et ne peut recevoir son application dans le cas d'une loi expressément prohibitive. Aucune signification ni exécution *ne pourra*, dit l'art. 1030, être faite, etc..... Cette disposition tient essentiellement à l'ordre public : il ne s'agit point, nous le répétons, d'une formalité d'acte, mais d'une mesure de haute police dont l'objet est de garantir l'inviolabilité du domicile, *cuique tutissimum receptaculum.* Un acte fait durant la nuit doit donc être considéré comme non avenu, indépendamment de la disposition de l'art. 1030.

Nous pensons de même à l'égard des actes qui seraient notifiés les jours fériés, parce que la disposition prohibitive de l'art. 1037 tient également et éminemment à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Si, dans notre Traité des lois d'organisation et de compétence (art. 61), nous ne nous sommes pas prononcé pour la nullité de tous actes indistinctement, auxquels un fonctionnaire public eût procédé un jour de dimanche ou fête, du moins n'avons-nous pas balancé

à l'admettre dans tous les cas où un citoyen eût été contraint à concourir ou à assister à la confection de l'acte, comme dans tous ceux où on le lui eût notifié à personne ou à domicile.

[[Voy. la *Quest.* 3:0, t. 1, p. 378. où nous avons soutenu l'opinion contraire, en ce qui concerne les notifications faites un jour férié. La décision doit être la même quant aux notifications et exécutions auxquelles il serait procédé à une heure indue, car la raison de décider est identique dans les deux cas. La seule sanction de la disposition de l'art. 10 7 consiste dans l'amende encourue par l'officier ministériel qui se permettrait d'y contrevenir. A l'arrêt de Cassation cité par M. Carré, on peut joindre encore, dans le sens de notre opinion, un arrêt de Bordeaux, 27 janv. 1837. (*J. Av.*, t. 52, p. 243.)

Si l'on objectait contre cette décision notre doctrine sur les dispositions prohibitives, nous ferions observer qu'elle n'est pas aussi absolue que celle de plusieurs auteurs, de M. Boncenne notamment, qui, dans tous les cas où il est disposé en cette forme, présente, comme sanction de la loi, la peine de nullité, sauf dérogation expresse voy. *Quest.* 3392), ce qui ne l'empêche pas de valider, t. 2, p. 210, une signification faite pendant les heures de nuit, sans résistance de la part de celui à qui elle est adressée. Il est vrai que, au t. 3, p. 291, note 1re, cet ingénieux auteur, interprétant sa pensée, semble revenir sur une décision qui échappe à sa doctrine sur les dispositions prohibitives, et qui en est pour ainsi dire la condamnation. Mais, enfin, son premier avis subsiste et nous le croyons, quant à nous, conforme au véritable esprit de la loi. Les parties peuvent renoncer à une prohibition qui n'est prononcée que dans leur intérêt, comme celle qui résulte de la première disposition de l'art. 1037, et elles y renoncent évidemment en recevant l'assignation ou en permettant l'exécution défendue. Si elles n'y consentent pas, nul grief ne peut leur être inféré; car l'huissier, pour agir, se trouverait dans la nécessité de s'adresser au juge, et ce dernier n'a pas le droit de lui accorder d'autorisation, comme nous l'avons reconnu, *Quest.* 3422. Comment ne pas valider, à plus forte raison, les actes faits un jour férié, puisque la prohibition, dans ce cas, est moins rigoureuse encore, ou, pour mieux dire, qu'il n'y a pas de prohibition réelle, le juge pouvant tout permettre en vertu de son pouvoir discrétionnaire. C'est toujours, comme nous l'avons dit *Quest.* 3392, l'intention du législateur qu'il faut consulter pour savoir s'il a entendu sanctionner par la nullité une disposition prohibitive. Or, son intention, quant à celle-ci, a été simplement de protéger la solennité des jours fériés par une inhibition à laquelle correspond la condamnation dont est passible l'officier ministériel qui l'a commise, conformément à l'art. 1030. Ici, ce nous semble, la faute est essentiellement disciplinaire, et la peine ne serait point en rapport avec elle, si elle consistait dans l'annulation d'un acte fait d'ailleurs en temps opportun et revêtu de toutes les formes légales.

Il en serait du reste autrement, à l'égard des significations et exécutions qui ont lieu en matière de contrainte par corps, l'art. 794 prononçant formellement la nullité dans ce cas.]]

ART. 1038. Les avoués qui ont occupé dans les causes où il est intervenu des jugemens définitifs, seront tenus d'occuper sur l'exécution de ces jugemens, sans nouveaux pouvoirs, pourvu qu'elle ait lieu dans l'année de la prononciation des jugements.

Cod. proc. civ., art. 75, 148, 162, 342 et suiv. — [Notre Dict. gén. de proc., v° *Avoué*, nos 127 à 143.

QUESTIONS TRAITÉES : Lorsque les poursuites ont été suspendues par suite d'un jugement interlocutoire, l'avoué n'est-il censé occuper de plein droit que pendant l'année à partir de la prononciation

du jugement? *Q.* 3426 *bis.* — L'avoué qui a occupé dans une cause où il est intervenu jugement définitif, est il tenu d'occuper sur *tous* les actes d'exécution qui sont la conséquence de ce jugement? *Q.* 3426 *ter.* — L'avoué qui a réglé avec sa partie et lui a remis toutes les pièces de la procédure, croyant l'affaire terminée, est-il néanmoins tenu d'occuper sur l'exécution de ce jugement ou arrêt, qui a lieu longtemps après la remise des pièces? *Q.* 3427. — Lorsque, par l'effet de l'entérinement d'une requête civile, la cause au fond est reproduite devant les mêmes juges qui ont rendu la décision rescindée, les mêmes avoués qui ont déjà occupé peuvent-ils, sans nouvelle constitution, occuper dans la nouvelle instance sur le fond? *Q.* 3428. — Lorsque le jugement rendu a été attaqué par la voie de l'appel et confirmé dans son entier, l'avoué constitué en première instance doit-il occuper sur l'exécution? *Q.* 3428 *bis.* — Lorsque l'on forme une demande qui tend à l'exécution du jugement, un simple avenir serait-il suffisant pour obliger l'avoué à comparaître sur cette demande? *Q.* 3429 (1).]

DCXXII. La loi, par la disposition de cet article, emploie le plus sûr moyen de hâter l'exécution des décisions judiciaires, et d'empêcher en même temps qu'un avoué n'y fasse procéder contre les intentions de sa partie.

[[**3426** bis. *Lorsque les poursuites ont été suspendues par suite d'un jugement interlocutoire, l'avoué n'est-il censé occuper de plein droit que pendant l'année à partir de la prononciation du jugement?*

La négative sur cette question nous paraît indubitable, car la limitation du temps n'a d'objet que dans le cas de l'art. 1038, lorsque le jugement rendu est *définitif*, parce qu'alors on pourrait croire que les pouvoirs de l'avoué constitué ont pris fin. Mais cette présomption n'existe plus, lorsque la décision rendue est simplement préparatoire ou interlocutoire. Il n'y a donc lieu, en ce cas, ni à reprise d'instance, ni à constitution de nouvel avoué : tel est aussi le sentiment de MM. Boitard, t. 3, p. 518, et Thomine Desmazures, t. 2, p. 708.]]

[[**3426** ter. *L'avoué qui a occupé dans une cause où il est intervenu jugement définitif est-il tenu d'occuper sur* TOUS *les actes d'exécution qui sont la conséquence de ce jugement?*

Il est tenu évidemment d'occuper pour tous les actes de procédure et pour tous ceux de son ministère, tels que demandes en nullité de saisie-exécution, opposition au commandement; Nîmes, 23 fév. 1808 (*J. Av.*, t. 5, p. 279), ou à l'arrêt par défaut; Cass., 1er août 1810 (*J. Av.*, t. 5, p. 298); conf., *Quest.* 686, t. 2, p. 138) etc., mais non pour les actes qui doivent être faits par la partie elle-même, tels que les commandements et poursuites contre la partie qui a succombé. Ce serait obliger l'avoué de celle qui a obtenu gain de cause à procéder contre son gré à des mesures d'exécution qu'il peut croire injustes ou infructueuses, ou à raison desquelles il n'a aucun paiement à espérer. La question a été résolue en ce sens par un arrêt d'Orléans, 26 juill. 1827 (*J. Av.*, t. 34, p. 296).]]

3427. *L'avoué qui a réglé avec sa partie et lui a remis toutes les pièces de la procédure, croyant l'affaire terminée, est-il néanmoins tenu d'occuper sur l'exécution de ce jugement ou arrêt, qui a lieu longtemps après la remise des pièces?*

Le fait du règlement de compte et de la reddition des pièces n'opère point

---

(1) **Jurisprudence.**

[Nous pensons que :

L'exécution d'un jugement rendu contre une partie ayant constitué avoué, peut être poursuivie contre cet avoué, quoiqu'il se soit écoulé plus d'un an depuis la prononciation du jugement, si, depuis l'expiration de l'année, ce même avoué a consenti à faire un acte de son ministère pour la partie condamnée; par exemple, s'il a formé opposition à l'exécutoire des dépens (art 1038, Cod. proc. civ.). Toulouse, 4 août 1836 (*J. Av.*, t. 52, p. 293).]

la cessation des pouvoirs de l'avoué : ainsi, pour qu'il pût arguer de nullité des actes qui lui seraient signifiés dans l'année de la prononciation du jugement, il faudrait qu'il eût été révoqué dans les formes de droit (*Voy.* Arrêts de la Cour d'appel de Paris, du 31 déc. 1807, et de la Cour de cass., du 1er août 1810 ; Sirey, 1814, p. 81, et *J. Av.*, t. 5, p. 298).

[[Cette décision est conforme à l'opinion de MM. Berriat Saint-Prix, p. 74, note 25, n° 1 ; Thomine Desmazures, t. 2, p. 707, et à la nôtre.

C'est également avec raison que M. Boitard, t. 3, p. 507, enseigne que tous actes seront valablement signifiés à l'avoué dont la partie condamnée aurait notifié la révocation à son adversaire, mais sans en désigner un nouveau.]]

3428. *Lorsque, par l'effet de l'entérinement d'une requête civile, la cause au fond est reproduite devant les mêmes juges qui ont rendu la décision rescindée, les mêmes avoués qui ont déjà occupé peuvent-ils, sans nouvelle constitution, occuper dans la nouvelle instance sur le fond ?*

L'art. 496 porte bien que, si la requête civile est signifiée dans les six mois de la date du jugement, l'avoué de la partie qui l'a obtenue sera constitué de droit sans nouveau pouvoir.

Mais cet article ne résout point la question que nous venons de poser, puisqu'il s'agit dans cette question de l'instance sur le rescindant.

La Cour de Toulouse l'a résolue [[avec raison]] pour l'affirmative (*voy.* arrêt du 29 nov. 1808, Denevers, *Suppl.*, p. 113, et *J. Av.*, t. 5, p. 49), attendu que le jugement qui entérine la requête civile remet les parties au même état qu'auparavant, d'où il suit que la première constitution des avoués se continue.

[[On peut également induire d'un arrêt de Rennes, 18 janv. 1810 (*J. Av.*, t. 5, p. 288), que l'avoué constitué par une partie défenderesse peut occuper, sans nouveau pouvoir, pour une demande reconventionnelle de son client.]]

[[**3428** bis. *Lorsque le jugement rendu a été attaqué par la voie de l'appel et confirmé dans son entier, l'avoué constitué en première instance doit-il occuper sur l'exécution ?*

Le texte de l'art. 1038 ne faisant aucune distinction, l'affirmative nous semble d'autant plus certaine, que l'exécution du jugement appartient dans ce cas au tribunal qui l'a rendu.

M. Morin, dans sa Consultation, citée sous la question suivante, objecte, à la vérité, que l'avoué de première instance s'est trouvé, par l'appel, dessaisi des pièces, et qu'on ne peut, dès lors, lui imposer un mandat aussi insolite qu'onéreux.

Mais, comme on l'a vu sous la *Quest.* 3427, le dessaisissement des pièces ne dispense nullement l'avoué de remplir les obligations que lui impose l'art. 1038, et, d'un autre côté, sa responsabilité, dans ce cas, n'offre rien d'exorbitant, puisque, n'étant tenu que de procéder aux actes de son ministère, il remplit un rôle tout passif et d'expectative. Voy. *Quest.* 3426 *ter.* Ainsi, nul inconvénient ne résulte de l'application *littérale* de la loi.]]

3429. *Lorsque l'on forme une demande qui tend à l'exécution du jugement,* un simple avenir *serait-il suffisant pour obliger l'avoué à comparaître sur cette demande?*

Nous ne le pensons pas, attendu que l'art. 1038 ne dispense que de la con-

stitution d'avoué, et qu'il est nécessaire et juste que la partie ait un délai pour donner à cet officier les instructions qu'elle juge utiles.

Ainsi, l'on devrait notifier à la partie, aux délais de la loi, la sommation de comparaître et ne donner l'avenir à l'avoué qu'après l'expiration de ces délais.

[[La même opinion se trouve développée dans une excellente consultation de notre honorable successeur, M. Morin, avocat à la Cour de cassation, insérée *J. Av.*, t. 55, p. 647, et dont nous allons rapporter un extrait, auquel du reste nous adhérons pleinement.

« Il ne doit pas suffire d'un simple avenir, dit ce jurisconsulte, pour saisir le tribunal d'une demande à fin d'exécution de son jugement, et spécialement en liquidation de fruits. Sainement entendu, l'art. 1038 veut seulement que les avoués, sans avoir besoin de se constituer expressément, aient respectivement le droit et soient tenus d'occuper, c'est-à-dire de faire les actes de leur ministère nécessités par les difficultés d'exécution du jugement. Cette disposition ne dispense donc que de l'acte de constitution, mais non de l'assignation préalable, qui est nécessaire ici comme toujours, avec les délais ordinaires, non-seulement pour prévenir la partie adverse et l'appeler à se défendre, mais aussi pour lui laisser le temps de donner à son avoué ses instructions, comme cela est exigé dans un cas, celui de reprise d'instance, où la signification n'a pas un but plus utile. (Art. 346.) »

Voy. néanmoins en sens contraire un arrêt de Paris, 14 nov. 1827 (*Courr. des tribunaux*, n° du 19 novembre).

La Cour de Colmar, le 6 juin 1840 (*J. Av.*, t. 60, p. 94), a simplement jugé que la partie n'est pas obligée de saisir les juges par un simple avenir, et qu'elle peut assigner dans la forme ordinaire, la loi ne s'y opposant pas.]]

ART. 1039. Toutes significations faites à des personnes publiques préposées pour les recevoir seront visées par elles sans frais sur l'original.

En cas de refus, l'original sera visé par le procureur du roi près le tribunal de première instance de leur domicile. Les refusants pourront être condamnés, sur les conclusions du ministère public, à une amende qui ne pourra être moindre de 5 francs.

Tarif, 19. — Ordonn. de 1667, tit. 11, art. 4. — Cod. proc. civ., art. 1029. — [Locré, t. 23, p. 417, n° 18.

QUESTIONS TRAITÉES : La disposition pénale de l'art. 1039 s'étend-elle au visa que les maires ou adjoints doivent donner, dans les cas où l'huissier n'a trouvé personne qui pût ou voulût recevoir la copie d'une signification? *En d'autres termes :* l'art. 1039 a-t-il pour but d'assurer l'exécution de l'art. 68. et autres qui ont des dispositions semblables? *Q.* 3430. — La signification d'un jugement, faite au domicile élu dans l'inscription, et la sommation qui la suit doivent elles être visées, conformément à l'art. 1039, lorsque l'inscription est prise par un établissement public? *Q.* 3430 *bis*. — Le défaut de visa emporte-t il nullité dans les autres cas que ceux qui sont prévus par les art. 69 et 70? *Q.* 3430 *ter*.]

DCXXIII. On sent que l'obligation que la loi, dans l'article ci-dessus, impose aux huissiers, est fondée sur la nécessité d'assurer que la copie des actes à signifier à une personne publique a été véritablement remise à celle qui avait qualité pour la recevoir.

3430. *La disposition pénale de l'art.* 1039 *s'étend-elle au visa que les maires ou adjoints doivent donner, dans les cas où l'huissier n'a trouvé personne qui pût ou voulût recevoir la copie d'une signification ?*

En d'autres termes : *L'art.* 1039 *a-t-il pour but d'assurer l'exécution de l'article* 68 *et autres qui ont des dispositions semblables ?*

Non, la disposition ne s'applique qu'autant que l'exploit s'adresse directe-

ment à la personne même de celui qui refuse le visa, comme on en voit des exemples aux cinq premiers paragraphes de l'art. 69. (V. *Questions* de Lepage, p. 6?9, et notre *Quest.* 16.)

[[Voy. *ibidem* nos observations, et notre *Quest.* 368 *bis*, t. 1er, p. 434.]]

[[**3430** bis. *La signification d'un jugement faite au domicile élu dans l'inscription et la sommation qui la suit doivent-elles être visées conformément à l'art.* 1039, *lorsque l'inscription est prise par un établissement public?*

« Il suffit, dans notre opinion, dit M. Carré (1), de considérer que la signification d'un jugement d'adjudication doit être faite au domicile élu dans l'inscription du créancier, pour décider qu'il n'y a pas lieu, en cette circonstance, à l'application de l'art. 1039.

« Cette proposition, que l'élection de domicile n'est prescrite par l'art. 2140, Cod. civ., que pour la notification des actes de toute espèce qui peuvent avoir lieu à l'occasion de l'inscription hypothécaire, ne saurait être contestée. Elle est une conséquence nécessaire, soit de l'art. 111, Cod. civ., soit de la dernière disposition de l'art. 59 de celui de procédure.

« Au reste, ce point de jurisprudence pratique se trouve consacré de la manière la plus formelle par un arrêt de la Cour royale de Paris du 16 nov. 1812, dans la cause du sieur *Courbevillain* contre le sieur *Worbé* (*J. Av.*, t. 17, v° *Ordre*, p. 229, n° 114). Cet arrêt décide que la signification du jugement d'adjudication, en ce qu'elle concerne les créanciers inscrits, ne devant être faite qu'aux domiciles élus par inscriptions, les délais pour l'ouverture de l'ordre ne peuvent être calculés que sur la distance de ce domicile, et non sur celle de leurs domiciles réels. M. Tarrible, au *Nouv. Répert.*, v° *Inscrip. Hypoth.*, § 5, dit que l'art. 2148 n'exige l'indication du domicile réel de l'inscrivant que pour faire reconnaître le créancier; *que ce n'est que dans cette vue qu'elle est prescrite par la loi, puisque la loi elle-même oblige le créancier inscrivant d'élire domicile.* C'est clairement admettre que ce n'est pas au domicile réel que les notifications doivent être faites, mais au domicile élu, autrement l'élection n'aurait aucun effet.

« Cela posé, il devient évident que, dans le cas où l'inscription est prise par un établissement public, par exemple pour un hospice, la loi ne dispense point des formalités prescrites par l'art. 1048, et que c'est au domicile que l'inscrivant est tenu d'élire que le jugement d'adjudication doit être signifié, afin de faire courir le délai pour le reglement à l'amiable, conformément à l'art. 749, Cod. proc. civ.

« Par suite, l'art. 1039 ne peut recevoir aucune application. En effet, il veut que *toutes significations faites à des personnes publiques*, PRÉPOSÉES POUR LES RECEVOIR, *soient visées par elles sans frais sur l'original.*

« Mais la loi entend par ces mots, *personnes publiques, préposées pour les recevoir*, la personne même à laquelle l'exploit s'adresse comme ayant qualité pour répondre ou satisfaire à l'objet de l'acte signifié; ou, comme le disent les auteurs des *Annales du Notariat*, dans leur commentaire sur le Code de procédure civile, la personne qui soit préposée pour veiller aux intérêts d'une commune, d'une administration, comme au maire, au préfet, au sous-préfet, etc.

« Or, lorsqu'il y a élection de domicile, il est impossible que l'exploit soit remis à une personne qui tienne de ses fonctions qualité pour recevoir l'exploit, puisque cette personne ne peut se rencontrer au domicile élu.

---

(1) [Nous avons extrait cette opinion des *cartons* de M. Carré.]

« Pour en puiser un exemple dans l'espèce supposée où ce serait un hospice qui serait le créancier inscrit, et en supposant en outre qu'il eût élu domicile au bureau central des hospices d'une autre ville, il serait bien impossible qu'un des administrateurs du premier de ces établissements publics se trouvât constamment à peut-être soixante ou quatre-vingts lieues de distance, pour y recevoir, au bureau central de l'administration du second, les exploits à notifier au domicile élu dans ce bureau, et pour y viser les originaux.

« Cette remarque est d'une telle évidence, qu'elle pourrait, pour ainsi dire, sembler oiseuse ou ridicule; mais c'est précisément parce que l'on ne doit pas supposer que la loi puisse prêter à une conséquence absurde qu'il n'entre point dans l'esprit de la loi d'exiger un visa, quand l'exploit doit être posé à domicile élu; autrement, il faudrait admettre que ce ne serait pas à ce domicile, mais au lieu où siége réellement l'établissement public, que l'exploit devrait être notifié, ce qui serait manifestement contraire au texte et au vœu des art. 111 et 2148, Cod. civ., ainsi qu'à l'art. 59, Cod. proc. civ.

« Mais il y a plus : si l'on admettait qu'il fallût faire viser l'exploit de signification d'un jugement d'adjudication, il faudrait exiger aussi le visa pour les sommations à faire afin de produire dans l'instance d'ordre. Or, l'art. 753, Cod. proc. civ., prescrit expressément de faire ces sommations au domicile élu par les inscriptions. Il faudrait donc violer la loi et les notifier au lieu du siège de l'établissement, afin de les revêtir du visa.

« Dirait-on, dans l'espèce que nous avons supposée, que, par suite de l'élection au bureau central du second hospice, les administrateurs ou employés de cet établissement public étaient préposés pour recevoir les exploits et *pour les viser* sur l'original? Cette objection a été détruite d'avance par l'explication que l'on a donnée de l'art. 1039; car les administrateurs du bureau central de l'hospice où l'élection de domicile a été faite n'ont point qualité légale pour défendre les droits de l'hospice qui a pris inscription hypothécaire sur les biens adjugés, et, par conséquent, on n'aurait point à faire viser par l'un d'eux l'original de la signification du jugement d'adjudication dont il s'agit. »

Nous partageons l'opinion de M. Carré et nous croyons avec cet auteur que, par ces mots : PERSONNES PRÉPOSÉES POUR RECEVOIR, la loi a entendu désigner certains fonctionnaires, ceux dont il est question dans les divers articles du Code de procédure (*Voy.* art. 4, 45, 68, 69, 561, etc.), et auxquels se réfère taxativement l'art. 1039, comme l'enseigne notre honorable confrère, M. Billequin, dans une dissertation insérée au *Journ. des Huiss.*, t. 17, p. 257.]]

[[**3430** ter. *Le défaut de visa emporte-t-il nullité dans les cas autres que ceux qui sont prévus par les art.* 69 *et* 70?

Nous avons, sous la *Quest.* 368 *ter*, reconnu que l'exploit, dont la copie ne mentionne point le visa apposé par le maire sur l'original, doit être considéré comme nul. (*Voy.* aussi notre *Quest.* 2253, t. 5, p. 468; mais ces décisions sont la conséquence de la disposition des art. 70 et 676, et non de l'art. 1039, de même que la nullité d'une arrestation effectuée à une heure indue ou un jour de fête légale résulte de l'art. 794, et non de l'art. 1038. Ainsi, dans tous les autres cas où le visa est exigé, mais non à peine de nullité, la disposition générale qui les régit n'emportant pas cette peine, en cas d'inobservation, c'est le lieu d'appliquer l'art. 1030, et de tenir l'acte pour valable, bien que manquant du visa; c'est ce qu'enseigne M. THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 709, et ce qu'ont jugé les Cours de cassation, 20 août 1816 (*J. Av.*, t. 21, p. 275), et de Nancy, 11 avril 1826 (*J. Av.*, t. 31, p. 162). Voy., sur le visa des exploits et notifications, en général, M. SOUQUET, *Dict. des temps légaux*, *Introduction*, p. 109, § 9, nos 722.1.740.]]

ART. 1040. Tous actes et procès-verbaux du ministère du juge seront faits au lieu où siége le tribunal; le juge y sera toujours assisté du greffier, qui gardera les minutes et délivrera les expéditions; en cas d'urgence, le juge pourra répondre en sa demeure les requêtes qui lui seront présentées, le tout sauf l'exécution des dispositions portées au titre des *Référés*.

Cod. proc. civ., art. 806 et suiv. — [Locré, t. 23, p. 417, n° 18.
QUESTIONS TRAITÉES : Lorsque le président refuse de rendre une ordonnance ou d'accorder une autorisation, dans les cas prévus par la loi, que doit faire la partie demanderesse? *Q.* 3430 *quater.* — Quels sont les actes dont le greffier doit conserver les minutes? *Q.* 3430 *quinquies.*— L'assistance du greffier aux actes du ministère du juge suppose-t-elle nécessairement que c'est le greffier qui doit écrire sous sa dictée? *Autrement*, le juge pourrait-il écrire lui-même les actes et procès-verbaux de son ministère? *Q.* 3431. — Les ordonnances rendues en la demeure du juge doivent-elles être contre-signées par le greffier, à peine de nullité? *Quid* des ordonnances rendues au lieu même où siége le tribunal? *Q.* 3431 *bis.* — L'ordonnance rendue par le président en sa demeure, hors les cas d'urgence, serait-elle nulle? *Q.* 3431 *ter.*]

DCXXIV. C'est pour la dignité même du juge que la loi lui prescrit ici de faire tous les actes de son ministère au lieu où siége le tribunal, et avec l'assistance du greffier. Le législateur ne le dispense de cette obligation que dans les seuls cas qu'il a déterminés dans l'intérêt des parties.

[[**3430** quater. *Lorsque le président refuse de rendre une ordonnance ou d'accorder une autorisation dans les cas prévus par la loi, que doit faire la partie demanderesse?*

Si le président *refuse de répondre*, c'est la voie de la prise à partie qu'on doit prendre contre lui, conformément à l'art. 506, sans qu'il y ait de distinction à faire, à raison de la nature de l'acte.

Si le président répond par un refus formel d'accorder ce qui lui est demandé, il faut voir s'il a refusé dans l'un des cas où la loi lui prescrit d'accorder, ou bien dans l'un de ceux où l'obtention, soit d'une autorisation, soit d'une ordonnance dépend, de son pouvoir discrétionnaire.

Dans le premier cas, l'intervention du président n'étant prescrite par la loi qu'afin de donner à l'acte requis la solennité dont il a besoin, ou bien à titre de nouvelle garantie, son refus est, dans tous les cas, un excès de pouvoir, et la voie de l'appel est ouverte à la partie demanderesse.

C'est par ce motif que, sur l'art. 865, relatif à *l'autorisation* que le président *doit* donner à la femme, M. Carré décide qu'il ne peut s'empêcher d'obtempérer à sa requête, et cette solution, adoptée par MM. FAVARD DE LANGLADE, t. 5, p. 102, et THOMINE DESMAZURES, t. 2, p. 470, a été consacrée par la Cour de Lyon, le 22 mars 1836 (*J. Av.*, t. 50, p. 307).

Il suit encore de là que la Cour, saisie par l'appel de la décision du président, n'est pas libre d'examiner la justice, l'opportunité de la demande, c'est-à-dire de faire ce qui est défendu à ce magistrat : l'autorisation doit être accordée par elle purement et simplement.

Il en est de même dans le cas de l'art. 840, à raison de l'autorisation pour assigner à bref délai le notaire ou détenteur d'un titre.

Voy. aussi la *Quest.* 3408.

Mais lorsque le président a refusé, dans les cas où l'acte qui lui était demandé dépendait de son pouvoir discrétionnaire, c'est à d'autres principes qu'il faut se rattacher pour savoir si la décision est ou non susceptible d'appel; c'est à la distinction entre la juridiction gracieuse et la juridiction contentieuse,

conformément aux principes que nous avons développés sous notre *Quest.* 378 (t. 1, p. 464.)]]

[[**3430** quinquies. *Quels sont les actes dont le greffier doit conserver les minutes?*

Tous ceux dont la conservation intéresse le public ou des tiers, suivant la juste observation de MM. Boitard, t. 3, p. 520, et Thomine Desmazures, t. 2, p. 710 ; *voy.* art. 853.

Du reste, l'art. 1040 établit en faveur des greffiers un droit exclusif pour délivrer des expéditions, comme l'a jugé la Cour de cassation, le 3 janv. 1812 (Sirey, t.13, p.26). *Voy.*, en ce qui concerne la garde, la surveillance et la communication des minutes par les greffiers, leurs droits de recherche et de délivrance des expéditions, M. Souquet, *Dictionn. des Temps légaux*, v° *Minutes*, 372e tabl., 5e col., n°s 4 à 7; v° *Greffiers*, au 243e tabl., 1re col., au 245e tabl., 5e col., n°s 33 à 35.]]

3431. *L'assistance du greffier aux actes du ministère du juge suppose-t-elle nécessairement que c'est le greffier qui doit écrire sous sa dictée?*
Autrement, *le juge pourrait-il écrire lui-même les actes et procès-verbaux de son ministère?*

Le ministre des finances, par une décision [[non abrogée]] du 11 novembre 1808, rendue sur un avis du ministre de la justice du 27 septembre précédent, déclare que l'art. 1040, exigeant que le juge soit toujours assisté du greffier, suppose que c'est le greffier qui doit rédiger sous la dictée du juge.

Cela, dit le ministre, est conforme à la dignité du magistrat, puisque la considération qui doit toujours l'environner pourrait être affaiblie, s'il était obligé de tenir la plume lui-même. (*Voy.* Sirey, t. 9, *Suppl.*, p. 12.)

[[**3431** bis. *Les ordonnances rendues en la demeure du juge doivent-elles être contre-signées par le greffier à peine de nullité?*
Quid *des ordonnances rendues au lieu même où siége le tribunal?*

Il est généralement reconnu que les ordonnances rendues par le juge, en sa demeure, ne doivent pas être nécessairement contre-signées du greffier; le lieu où les ordonnances sont rendues, les circonstances qui les rendent urgentes ne permettraient souvent d'attendre ni sa présence, ni par conséquent sa signature. C'est, d'ailleurs, ce qu'ont expressément jugé les Cours de Toulouse, les 1er sept. 1824 (*J. Av.*, t. 39, p. 95), et 13 juillet 1827 (Tajan, t. 15, p. 432), et de Nîmes, le 4 mai 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 12).

La dérogation aux règles ordinaires, d'après laquelle le juge est autorisé à rendre ses ordonnances hors du lieu où siége le tribunal, paraît, du reste, se restreindre au cas d'urgence indiqué par l'art. 1040. Cependant un usage constant permet au juge taxateur de répondre en son domicile aux requêtes en taxation, d'où la Cour de Grenoble, 30 août 1838 (*J. Av.*, t. 56, p. 347), a conclu, avec raison, que la signature du greffier n'est pas nécessaire sur l'ordonnance de la taxe.

Quant aux ordonnances rendues au Palais de Justice, la difficulté semble plus grave, puisqu'alors on se trouve hors du cas exceptionnel prévu par la dernière disposition de l'art. 1040, et que, conformément aux premiers termes du même article, le juge doit *toujours* être assisté du greffier, dans *tous* les actes et procès-verbaux de son ministère, ce qui suppose que ce fonctionnaire est tenu de les contre-signer : ces expressions si générales ne permettent pas

de se prévaloir, suivant nous, de ce que l'art. 138 n'impose aux juges et greffiers une telle obligation que lorsqu'il s'agit de *jugements* proprement dits; aussi, n'approuvons-nous point l'usage qui s'est glissé dans beaucoup de tribunaux de délivrer des ordonnances auxquelles le greffier n'a point apposé sa signature.

Mais suit-il de là qu'une simple ordonnance, lors même qu'elle n'infère aucun grief aux parties, qu'elle n'est susceptible ni d'opposition ni d'appel, soit entachée de nullité, à défaut d'accomplissement de cette formalité? L'affirmative a été admise par la Cour de Toulouse, les 17 juin 1822, 13 janv. 1823 et 1er déc. 1824 (*J. Av.*, t. 25, p. 15, et t. 29, p. 95), et par M. Souquet, *Dict. des Temps légaux*, v° *Emprisonnement*, n° 17, en ce qui concerne l'ordonnance qui commet un huissier pour la signification d'un jugement de contrainte. La rigueur de cette opinion nous paraît excessive. Le défaut de signature du greffier n'est pas, même dans un jugement, un sujet de nullité absolue, puisque l'art. 138 ne la prononce pas, et que, d'un autre côté, d'après les dispositions des art. 37, 48 et 73 du décret du 30 mars 1808, cette omission peut être suppléée après qu'elle a eu lieu (Voy. *Quest.* 589, t. 1, p. 702). Il doit en être de même, à plus forte raison, d'une simple ordonnance d'un juge à laquelle, d'ailleurs, l'assitance et la signature du greffier ne sont point de nature à ajouter un nouveau degré d'authenticité, lorsqu'elle est revêtue de la signature du seul magistrat qui l'a rendue.

Ainsi jugé :

Pour les ordonnances portant nomination d'huissier afin de signifier un jugement de contrainte, par les Cours d'Aix, 15 nov. 1824 (*J. Av.*, t. 28, p. 15), et de Pau, 27 mai 1830 (*J. P.*, 3e éd., t. 23, p. 514), dont la doctrine est conforme à celle de M. Thomine Desmazures, t. 2, p. 347;

Pour les ordonnances de clôture d'ordre, par la Cour de Toulouse, le 19 avril 1839 (*J. Av.*, t. 57, p. 507);

Pour les ordonnances d'*exequatur* apposées aux sentences arbitrales, par la même Cour de Toulouse, le 30 avril 1824 (*J. Av.*, t. 26, p. 239).

La Cour de Bourges, le 24 janv. 1838 (*J. Av.*, t. 56, p. 44), nous paraît avoir justement apprécié l'effet de l'infraction à l'art. 1040, résultant du défaut de signature du greffier, en jugeant que l'ordonnance de clôture d'ordre, dépourvue de cette formalité, est incomplète, en ce sens que le juge, sans pouvoir rien retrancher de son procès-verbal, serait cependant en droit d'y ajouter les noms des créanciers qui produiraient postérieurement à l'ordre. (*Voy.* nos *Quest.* 2574 *bis* et 2681 *bis.*)

Dans tous les cas, la délivrance par le greffier d'une ordonnance non signée de lui devrait entraîner à son égard l'application des peines prononcées par les art. 1030 et 1031.]]

[[**3431** ter. *L'ordonnance rendue par le président en sa demeure, hors les cas d'urgence, serait-elle nulle?*

Non, il ne s'agit pas ici de l'omission d'une formalité substantielle, puisque les ordonnances, émanant d'un seul juge, ne sont pas rendues en séance publique, et que c'est seulement pour plus de solennité que l'art. 1040 prescrit de les rendre dans le lieu où siége le tribunal. M. Thomine Desmazures, t. 2, p. 710, qui adopte cette opinion, ajoute que le président peut faire en sa demeure tous les actes que lui impose sa mission conciliatrice dans les demandes en séparation de corps : il se fonde sur ce qu'il doit en être, dans ce cas, comme en matière de conciliation, où le juge de paix a le droit, suivant cet auteur, d'entendre les parties à huis clos, lorsqu'il le juge convenable. Cette dernière décision est contraire à celle que nous avons admise sous la *Quest.* 226 (t. 1,

p. 244). Mais l'avis de M. Thomine, en ce qui concerne le pouvoir du président du tribunal en matière de séparation de corps, nous paraît conforme à la raison et à un juste sentiment des convenances.]]

ART. 1041. Le présent Code sera exécuté à dater du 1er janvier 1807 : en conséquence, tous procès qui seront intentés depuis cette époque, seront instruits conformément à ses dispositions; toutes lois, coutumes, usages et règlements relatifs à la procédure civile, seront abrogés (1).

Tarif, 176. — Avis du conseil d'Etat des 16 fév. et 1er juin 1807. — *Bullet. des lois*, 4e série, t. 6, p. 131. — Décrets des 18 août 1897 et 13 oct. 1809, et t. 1er, notre Introduction générale. — [Locré, t. 23, p. 446, n° 20.

QUESTIONS TRAITÉES : Quelles sont les affaires que l'on ne doit pas ranger dans la classe des procès intentés antérieurement au 1er janv. 1807 ? *Q*. 3432. — Serait-on encore recevable, aux termes de l'art. 5, tit.14, de la loi du 34 août 1790, à appeler pendant dix ans, à partir de la signification faite sous l'empire de ce Code, d'un jugement rendu avant le 1er janv. 1807 ? *Q*. 3433. — L'abrogation prononcée par l'art. 1041 peut-elle être étendue à des matières régies par des lois spéciales antérieures au Code de procédure? *Q*. 3434 (2).]

DCXXV. La disposition de cet article est fondée sur des considérations que nous avons déjà développées dans notre Introduction générale; elle présente une dérogation à la règle générale, mais cette dérogation était nécessaire pour éviter la confusion et les difficultés que le Code de procédure eût entraînées, si, conformément à cette règle, il eût été exécutoire du jour de sa promulgation.

L'Ordonnance de 1667 contenait une semblable disposition, et elle méritait par sa sagesse, disait M. le rapporteur de la loi au Corps législatif, de se trouver réunie à celles qui en ont été extraites pour composer le nouveau Code de procédure.

3432. *Quelles sont les affaires que l'on ne doit pas ranger dans la classe des procès intentés antérieurement au* 1er *janv.* 1807?

Les seuls procès intentés depuis le 1er janv. 1807 doivent être instruits conformément aux dispositions du Code de procédure civile. Mais il ne faut comprendre dans la classe des affaires antérieurement intentées, ni les appels interjetés depuis l'époque du 1er janv. 1807, ni les saisies faites depuis, ni les ordres et contributions, lorsque la réquisition d'ouverture du procès-verbal est postérieure, ni les expropriations forcées, lorsque la procédure réglée par la loi du 11 brum. an VII a été entamée par l'apposition des affiches avant le 1er janv. 1807. (Avis du conseil d'Etat du 16 fév. 1807.) (3)

[[Tels sont effectivement les termes dans lesquels est conçu cet avis.]]

---

(1) [Il est intervenu, sur la portée de cette disposition, un grand nombre de décisions qui ne sont plus aujourd'hui d'aucun intérêt : nous nous contenterons de mentionner ici les arrêts de cassation du 12 août 1808, 12 juill. 1810, 20 oct. 1812, 26 fév. 1816, 15 mai 1821 et 26 janv. 1825 (*J. Av.*, t. 6, p. 673, 696; t. 2, p. 200; t. 23, p. 182 et t. 28, p. 161); d'Angers, 21 janv. 1809; Lyon, 25 nov. 1818, 3 avril 1821 et 10 janv, 1823; Bourges, 6 mai 1822; Caen, 6 janv. 1824; Toulouse, 1er mai 1827 (*J. Av.*, t. 6, p. 4, 681; t. 24, p. 142; t. 25, p. 6; t. 28, p. 170; t. 33, p. 277. *Voy.* aussi *Question* 1552 *bis*, t. 3, p. 592.]

(2) JURISPRUDENCE.

[Nous pensons que :

1° Les tribunaux ne peuvent pas, sans excéder leurs pouvoirs, délivrer des arrêtés en forme d'actes interprétatifs du sens de quelques articles de coutumes ou de lois. Cass.. 14 avril 1824 (*J. Av.*, t. 26, p. 216);

2° Les dispositions du Code de procédure civile ne peuvent être abrogées par un article du Tarif. Bourges, 20 fév. 1841 (*J.Av.*, t. 63, p. 414).]

(3) Nous ne traiterons que les seules questions transitoires qui, d'après cet avis, seraient encore susceptibles de se présenter aujourd'hui. [C'est-à-dire à l'époque où

3433. *Serait-on encore recevable, aux termes de l'art.* 5, *tit.* 14, *de la loi du* 24 *août* 1790, *à appeler pendant dix ans, à partir de la signification faite sous l'empire du Code, d'un jugement rendu avant le* 1er *janv.* 1807 ?

Avant la loi du 24 août 1790, le délai d'appel était de dix ans, conformément à l'Ordonnance de 1667, et il était plus ou moins long, dans les pays où elle n'avait pas été enregistrée.

Mais la loi de 1790, en réduisant ce délai à trois mois, n'avait parlé que des jugements contradictoires.

A l'occasion d'un référé fait au Directoire exécutif, sur la question de savoir si les jugements par défaut restaient soumis au délai fixé par l'Ordonnance ou par la jurisprudence locale, il fut répondu, le 9 mess. an IV, *que la loi nouvelle n'ayant pas prononcé sur l'appel des jugements par défaut*, il résultait *nécessairement de son silence qu'on devait, à cet égard, recourir aux lois anciennes* (Voy. *Bull. des lois*, 56, n° 497), et c'est ainsi que la Cour de cassation prononça sur cette difficulté, par arrêt du 25 pluv. an XI (*Bull. offic.*, n° 58, p. 151).

Telle a été la jurisprudence, jusqu'à la mise en activité du Code de procédure, qui a rendu le délai de trois mois commun à tous jugements, soit contradictoires, soit par défaut.

Il nous semble hors de doute que c'est l'époque de la notification du jugement qu'il faut considérer pour déterminer le délai qui, dans tous les temps, a couru à partir de cette notification.

C'est à cette époque, en effet, que la partie à requête de laquelle elle a été faite, a constitué l'autre en demeure d'appeler, et elle n'a pu le faire que sauf l'observation du délai fixé par la loi existante.

Ainsi, lorsque la signification dont il s'agit a été faite avant le 1er janvier, la partie a eu dix ans, à compter de cette signification. Si elle n'est faite qu'aujourd'hui, le délai d'appel ne sera que de trois mois, conformément à l'art. 443 du Code.

Telle est notre opinion sur cette question, qui peut se présenter encore ; mais nous ne dissimulons pas qu'il existe un arrêt contraire rendu par la Cour de Bruxelles, le 13 mai 1807, et rapporté par les auteurs du *Praticien*, partie jurisprudence, t. 1, p. 6.

[[Les Cours d'appel et la Cour de cassation avaient généralement distingué, pour l'appel, entre le *délai* dans lequel il devait être interjeté et les formes d'instruction ; le premier était réglé par la loi, sous l'empire de laquelle le jugement avait été rendu ; le second par la loi nouvelle. *Voy.* Cass., 11 oct. 1809 ; 4 mars 1812, et 1er mars 1820 (*J. Av.*, t. 6, p. 676 et 684). *Voy.* aussi le *Dict. des temps légaux*, de M. Souquet, *Introduction*, p. 52, la sect. 11, intitulée : *par quelle loi est régie l'appellabilité d'un jugement*, nos 299 et 300.]]

3434. *L'abrogation prononcée par l'art.* 1041 *peut-elle être étendue à des matières régies par des lois spéciales antérieures au Code de procédure?*

Non, et c'est pourquoi nous avons dit, par exemple, que l'on ne devait pas appliquer les dispositions du Code de procédure dans les matières domaniales que des lois spéciales soumettent à des formalités particulières. (V. *Quest.* 1157, et les avis du conseil d'Etat des 12 mai et 1er juin 1807, *J. Av.*, t. 6, p. 663.)

[[Cette décision est incontestable.]]

M. Carré écrivait ; plus de trente ans s'étant écoulés depuis la promulgation du Code de procédure civile, aucune de ces questions n'est plus de nature à nous intéresser.]

Art. 1042. Avant cette époque, il sera fait, tant pour la taxe des frais que pour la police et discipline des tribunaux, des règlements d'administration publique.

Dans trois ans, au plus tard, les dispositions de ces règlements qui contiendraient des mesures législatives, seront présentées au Corps législatif en forme de loi.

DCXXVI. En conformité de cet article, dont nous avons suffisamment exposé les motifs, t. 3, plusieurs règlements ont été faits pour la police et discipline des tribunaux ; et, quoiqu'ils n'aient point reçu, conformément à la seconde disposition du même article, la sanction du pouvoir législatif, ils ont été journellement appliqués comme lois dans les tribunaux, et continueront de l'être jusqu'à ce que cet étrange oubli soit réparé.

Les dispositions de ces règlements sont en effet essentielles à la marche des affaires, et mieux vaut considérer le silence du gouvernement et du législateur comme une approbation tacite, que d'entraver la marche de l'administration de la justice.

Ceux de ces règlements qui ont pour objet la taxe des frais et dépens des procédures civiles et de mise à exécution se trouvent dans les trois décrets du 16 février 1807.

Le premier contient le détail des frais et dépens pour tous les actes.

Le second règle la forme de la liquidation des dépens, tant en matière sommaire qu'en matière ordinaire, et la marche à suivre pour se pourvoir contre les *exécutoires*, c'est-à-dire contre l'ordonnance qui accorde permission de contraindre au paiement des sommes taxées : à ce décret est joint un tarif particulier des frais de taxe et de ceux à faire pour parvenir à la réformation des exécutoires.

Le troisième a appliqué à quelques Cours et tribunaux le tarif de la Cour royale de Paris et des tribunaux de son ressort, et en a fixé la réduction pour les autres.

Quant à la police et à la discipline des tribunaux, elle est réglée par le décret du 30 mars 1808. (Voy. *J. Av.*, t. 10, p. 524.)

Mais on doit ajouter la loi du 20 avril 1810, concernant l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice, et les décrets des 6 juillet suivant, sur l'organisation et le service des Cours royales, etc. (*voy.* cette loi et ces décrets, *J. Av.*, t. 10, p. 535 et 542); 19 du même mois, portant des peines contre les postulants sans titre (1); 18 août même année, sur l'organisation des tribunaux de première instance; enfin, le décret du 30 janvier 1811, qui règle les dépenses de l'ordre judiciaire.

Tous ces règlements se trouvent développés et commentés dans notre Traité de l'organisation et de la compétence.

---

(1) On remarquera que ce décret, rapporté *Journ. des Avoués*, t. 5, p. 60, et qui défend tous actes de postulation aux personnes qui n'ont pas un caractère public, n'entend punir que ceux qui, au préjudice des avoués en titre, s'approprient les émoluments et produits accordés pour l'instruction des affaires, et non pas à ceux qui rédigeraient des actes du ministère d'avoué, sous la signature d'un de ces officiers, ou dans l'intention de les faire revêtir de cette signature. (Bruxelles, 21 avril 1813, S. 15. 2.43, et *J. Av.*, t. 5, p. 177.)

[[On peut consulter l'introduction de notre Commentaire du Tarif.]]

Nous terminerons en rappelant une importante réflexion des rédacteurs du projet de Code :

« Les effets du Code judiciaire dépendent de la fermeté et de l'exactitude « des juges à en maintenir l'exécution....

« Ce ne sont ni les frais ni les délais réglés par la loi, mais les droits que l'on « s'attribue, et les délais qu'on proroge malgré sa défense, qui sont onéreux aux « parties.....

« L'observation des formes prescrites par ce Code est la première obligation « des officiers chargés immédiatement des intérêts des parties......

« Leur intérêt le leur commande autant que leur devoir. »

FIN DU TOME SIXIÈME ET DERNIER.

CE

